

الضمان في الفقه الإسلامي

القسم الثاني

الكفالة والديات
دراسة مقارنة

الأستاذ علي الخفيف

[قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية]

ملنزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ من جوار مصرى - القاهرة
ص.ب.: ١٣٠ - ت ٢٩٩٥٥٢٣



0023786

الضمان في الفقه الإسلامي

الضمان في الفقه الإسلامي

القسم الثاني

الكفالة الديات

دراسة مقارنة

الأستاذ علي إحييف

[قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية]

فَسِيرَةُ النَّبِيِّ ﷺ

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

سيدنا محمد النبي الأمين وعلى آله وصحبه

الكفالة

الكفالة اسم يدل على الضمان، تقول كفلت بالمال والنفس كفيلا وكفولا من باب قتل، ووردت كذلك من باب ضرب وكرم والاسم الكفالة، وتقول كفلت فلاناً وكفلت به وكفلت عنه - إذا تحملت المال عنه - وتقول كفلته كذا وأكفّلته كذا إذا جعلته كفيلا به - وتقول تكفلت بالمال إذا التزمت به أو تحملت به - وتقول كفلت الصغير إذا علته وضممته من باب قتل - وتقول كفّلته الصغير إذا ضممته إليه . وهو كفيل بالمال وهي كفيل به للرجل والمرأة على السواء ، وقال ابن الاعرابي: يقال في ذلك كافل أيضا مثل ضمين وضامن . وقرئ الليث بينهما فقال : ضامن المال كفيل ، والعائل كافل - المصباح - والأساس ، والقاموس .

ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان الزعامة، وبإيهاتل ونفع والقبالة كسحابة وبإيهاتل ضرب وقتل وسمع والحالة كيكتابه وبإيهاتل ضرب فيقال هو زعيم بالمال وقيل به وحيل به - وكذلك يقال هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به قال المارودي غير أن العرف خصص الحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والضامن والضمين بالدين مطلقا أما القليل والصبير فيعم الكل . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤١٨ ، وقد شاع عند كثير من الفقهاء كالشافعية والحنابلة الشيعة استعمال الضمان في ضمان الدين ، والكفالة في

كفالة النفس ولم يشع هذا عند الحنفية ، ويسمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه والدين بالمكفول به أو المكفول .

تعريفها شرعاً

الكفالة نوعان كفالة بالمال وكفالة بالنفس وتسمى الأخيرة كفالة البدن وكفالة الوجه والمراد منها - التزام احضار الخصم أو الدلالة على مكانه ، ومن الفقهاء من أضاف إلى النوعين السابقين نوعاً ثالثاً سماه الكفالة بالفعل ومثل له بكفالة تسليم الأعيان ، لكننا نرى أنها مندرجة في كفالة المال لأن العين المكفول تسليمها مال وسنين الكفالة بالنفس بعد بيان الكفالة بالمال .

الكفالة بالمال :

عمد الفقهاء إلى تعريفها بناء على حكمها وهو الأثر المترتب عليها فاختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في حكمها .

١ - عرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق مع بقائه شاغلاً للذمة الأولى .

٢ - وعرفوها أيضاً بأنها التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره مع بقائه شاغلاً لئتمته - شرح الدردير .

٣ - وعرفها الحنابلة بأنها التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غيره مع بقائه في ذمته ككشف القناع . .

٤ - وعرفها الزيدية بأنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين ، البحر الزخار .

وهذه التعريفات الأربعة متحدة المعنى وجميعها مبنى على أساس واحد هو أن حكم الكفالة - أى الأثر المترتب عليها - عند أصحاب هذه التعاريف هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين ، بمعنى أنها تصبح مشغولة به أيضا مع بقاء شغل الذمة الأولى به ، ويتربط على ذلك صحة توجيه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلي على تفصيل سنبينه فيما يأتى :

٥ - وعرفها أهل الظاهر بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى وإليه ذهب ابن أبى ليل وعبد الله بن شبرمة وأبو ثور المحلى ، ج ٨ ص ١١٠ و ص ١١١ .

٦ - وعرفها الشيعة الجعفرية بأنها عقد شرع لنقل الدين من ذمة الى أخرى غير مشغولة بمثله ، المختصر النافع ج ١ ص ١٤٢ وتحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٢ ، ويلاحظ أن الشيعة الجعفرية يخصون هذا العقد باسم الضمان أما اسم الكفالة فيطلقونه على الكفالة بالنفس .

والذمة عند غير المالكية وصف شرعى تثبت به الأهلية لوجوب الحقوق وتحمل الواجبات ، أما عند المالكية فهى وصف شرعى تثبت به الأهلية لتحمل الواجبات ، أما الدين فهو وصف شرعى يظهر أثره في المطالبة بمقتضاه ، كما عرفه الفزائى . أو هو مال حكى في الذمة ، كما عرفه الزاهدى .

ومن هذا يرى أن أهل الظاهر والشيعة الجعفرية متفقون على أن ضمان الدين يترتب عليه نقله من ذمة المدين الأصلي الى ذمة الضامن وصيرورة المدين الأصلي بريئا منه . قال ابن حزم فى كتابه المحلى ج ٨ ص ١١ ، أنه يترتب على ضمان الحق سقوطه عن كان عليه وانتقاله الى ذمة الضامن حتى لا يجوز للضمنون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً بشئ .

من ذلك الحق — وَصَلَهُ ذَلِكَ الْحَقُّ مِنَ الضَّامِنِ فَانْتَصَفَ مِنْهُ أَمْ لَمْ يَنْتَصَفْ مِنْهُ . وفي تحرير الأحكام للشعبة : أن المدين الأصلي يبرأ بالضمان ولا يجوز للضمون له مطالبته .

والفرقان يشترطان في الضمان أن يكون الضامن غير مدين لمن ضمنه وذلك لأن الضمان تبرع من الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض بتقبله نظير ذلك ، كما يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل ما أحال به عليه حتى تكون هناك معاوضة بين الدينين : ما للمحيل قبل المحال عليه وما للمحال قبل المحيل فيسقط أحدهما بالآخر — وهذا ما يظهر من بيان الفريقين لمعنى الضمان والحوالة في كتابي تحرير الأحكام والمحلي لابن حزم . وعلى ذلك فنقل الدين من ذمة مشغولة به إلى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه كفالة .

وعلى ذلك يتضح الفرق بين الكفالة والحوالة عند من يرى أن الكفالة ينتقل بها الدين إلى ذمة الكفيل وتبرأ بها ذمة المكفول عنه .

٧ — أما الحنفية فقد اختلفوا في تعريفها . فمنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين فيوافقون الجمهور في تعريفها بذلك ، ومنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط لا في الدين . وهذا رأى انفرد به فريق من الحنفية . وقد ذكر الرأيين السرخسي في مبسوطه ، وصرح كما صرح غيره بأن أصح الرأيين هو القول الثاني .

ومن هذا يتبين أن الفقهاء في بيانهم لمعنى الكفالة قد اختلفوا في أمرين : أحدهما اختلافهم في أنها ضم ذمة إلى أخرى أو أنها نقل للدين من ذمة إلى أخرى ،
أخرى ،

وثانيهما اختلافهم في بيان موضوع الضم على القول بأنها ضم ذمة الى أخرى ، أمى ضم ذمة الى أخرى في الدين أم ضم ذمة الى أخرى في المطالبة به فقط لا في نفس الدين .

فأما الأمر الأول فإن الذين ذهبوا الى أنها تنقل الدين من ذمة المدين الى ذمة الكفيل فيرأى بها الأصل ، وهم أهل الظاهر والشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم مستندهم في ذلك ما روى عن سله بن الأكوع قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتى بجنادة فقالوا : يا رسول الله صل عليها . قال : هل ترك شيئا قالوا : لا . فقال هل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير . قال : صلوا على صاحبكم . فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه . فصلى عليه . رواه أحمد والبخارى والنسائي ، وفي رواية للنسائي وابن ماجه أن أبا قتادة قال : أنا أتكفل به .

فقد دل هذا الحديث على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنع أن يصلى على المدين الذى توفى ولم يترك وفاء له والظاهر أن سبب ذلك هو شغل ذمته بالدين مع عدم وجود وفاء له . وأنه صلى الله عليه وسلم صلى عليه بعد أن كفله أبو قتادة . وذلك دليل لاختلاف الحالين — وليس بينها اختلاف كما يظهر إلا بكفالة هذا الدين ، وإذا لم يترتب على الكفالة برأته من الدين وصلاة الرسول صلى الله عليه وسلم عليه بسبب براءة ذمته منه لم يكن بين الحالين فرق ولم يظهر لامتناع الرسول أن يصلى عليه قبل الكفالة ثم صلاته عليه بعد الكفالة سبب — ويدل على ذلك أيضاً ما جاء في بعض الروايات من قول أبي قتادة : الديناران (١) على . وأن النبي صلى الله عليه

(١) راجع المجلد ٨ ص ١٠٨ من كتاب الحواشي و ص ١١١ من كتاب الكفالة .

(٢) يلاحظ أنه روى عن جابر مثل ذلك ، وفي رواية أخرى أن الدين ديناران ، وقد روى هذه الرواية أحمد وأبو داود والنسائي ، وأما في حادثة أخرى فيكون لأبي قتادة في الكفالة من الميت جادنان كما روى عن أبي سعيد الخدري حادثة مثل هذه ، كان الثمان فيها علياً رضي الله عنه . ورواهما الدارقطني والبيهقي .

وسلم قد أجابه عند ذلك بقوله: تد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت فقال أبو قتادة: نعم، فإن ذلك صريح في براءة ذمة المدين بكفالة الدين عنه.

أما الذين ذهبوا إلى خلاف ذلك، وأنهم ضم ذمة إلى أخرى فهم فريقان: الجمهور وهم يرون أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين، ويتبع ذلك توجه المطالبة إلى الكفيل، كما هي موجهة إلى الأصل. وفريق من الخفية ذهبوا إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة فقط لافي الدين وسندهم جميعا في أنها للضم لا للنقل ما يأتي:

روى عن جابر قال: توفي رجل ففسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا: تصلي عليه خطأ خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف فتحملها أبو قتادة فأتينا فقال أبو قتادة: الديناران على فقال النبي صلى الله عليه وسلم: قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت قال: نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران، قال أبو قتادة: إنما مات أمس - قال فعاد إليه من القدر فقال: قد قضيتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: الآن بردت عليه جلده، رواه أحمد. فقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الوفاء: الآن بردت عليه جلده: فكان ذلك دليلا على عدم براءة ذمته قبل الوفاء. وإذن فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم أولا في هذا الحديث قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت - وقد صدر من رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الوفاء كما يدل عليه ما جاء في الحديث بعد هذه العبارة - أن هذا الدين قد صار بكفاله قريب الوفاء حتى كأنه قد وفى وبرىء منه المدين كما في قوله تعالى: أنى أمر الله فلا تستعجلوه، أما امتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة قبل الكفالة وصلاته بعدها فلا يدل على براءة ذمته بالكفالة وإنما امتنع أولا بسبب أنه توفي ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى في وفاء دينه قبل وفاته تجنباً لذلك وبعداً عن الأضرار.

بالدائن فلما وجدت الوسيلة إلى الوفاء بالكفالة واتفق بسببها بالضرر بالدائن صلى عليه ، ومؤدى ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أراد أن يحض المدينين على عدم الاضرار بالدائنين بعد أن أحسنوا بأدائهم إياهم حين كانوا في حاجة إلى المال .

ومن هذا يتبين أن الكفالة إنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، وليس يرأى بها الدين وأن الكفيل يصبح بسببها مطالبا بالدين . ومطالبته بالدين دليل على شغل ذمته لأن الدين كما تقدم وصف شرعى ظهر أثره في المطالبة بما يقتضيه فكانت مطالبة الكفيل بالدين واستيفاءه من أمواله مظهر شغل ذمته - وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية . ولكن الحنفية كانوا في ذلك فريقين - فريقاً رأى رأى الجمهور وفريقاً رأى أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط . وأيد الفريق الأول رأيه بأمرين : الأول أنه قد نقل عن الإمام وصاحبيه صحة حبة الدين من الكفيل ، وعندئذ يرجع به على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وليس يصح حبة الدين لفير المدين . فكانت حبة حبة الدين له دليلاً على أنه مدين كما نقل عنهم كذلك صحة شراء شيء من الكفيل بما كفل به من الديون ، وذلك ما يعنى تمليك الدين له . ولا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين . الثاني أنه لو كانت الكفالة ضمناً لذمة إلى أخرى في المطالبة فقط كما يرى الفريق الآخر لسقطت الكفالة بموت الكفيل لعدم صلاحيته للمطالبة بعد الوفاة ، ولم يؤخذ الدين من تركته ، كما في الكفالة بالنفس ولكنها لا تسقط بالموت ، وإذا مات الكفيل أخذ الدين المكفول من تركته ، فكان ذلك دليلاً على أن ذمته تشمل به .

وأيد الفريق الآخر رأيه أولاً : بأن الكفالة معناها الضم ، وهي ضم ذمة إلى أخرى للتوثيق ، ويكفى في التوثيق أن يكون الضم في المطالبة فقط ، وليس يجوز أن يكون في الدين نفسه ، وإلا لكان كل من الأصيل والكفيل

مدينا وتمدد الدين بذلك فيصير للدائن دينان يستوفيهما من اثنين وهذا غير مقبول ولا يقول به أحد ، وثانيا : اتفقهم على أن براءة الكفيل لا ترتد بالردلأنها إسقاط للمطالبة وهو إسقاط محض ، ولو كان الكفيل مدينا لا ردت براءته برده كالأصيل لما يكون فيها من معنى التليك ، ويقول صاحب المبسوط أن هذا القول هو أصح القولين عند الحنفية .

وقد نوقش استدلال هؤلاء جميعا بما يأتي :

مناقشة أهل الظاهر : نوقش استدلال أهل الظاهر والشيعة الجعفرية بأن امتناعه عليه السلام أن يصلى على الميت المدين الذى لم يترك وفاء لدينه أولا ثم صلاته عليه بعد الكفالة بدينه لم يكن لشغل ذمته بالدين أولا ثم براءتها منه ثانيا وانتقاله إلى ذمة الكفيل . وإنما كان لارادة حض الناس على أنهم إذا استدانوا وجب عليهم أن يكونوا حريصين على الوفاء والمساورة إليه حتى لا يفاجمهم الموت وليس عندهم وفاء فيتضرر بذلك الغريم الدائن وليس يحسن أن يكون ذلك جزاء تفضله واحسانه باعطاء المال وسد الغلة وتفريج الكربة كما حدث لهذا الميت ولكن حين وجد السبيل إلى وفاء هذا الدين بكفالة أبى قتادة وزوال الضرر بالغريم عند ذلك صلى عليه ، واذن لم تكن صلاته صلوات الله عليه أخيراً لبراءة ذمته بالكفالة بل لوجود وسيلة إلى الوفاء وزوال ضرر تسبب فيه هذا الميت وذلك مع بقاء شغل ذمته بعد الكفالة . . ويدل على ذلك ما فى الروايات الأخرى من أنه عليه السلام قال بعد أن أوفى أبو قتادة الدين . . . الآن بردت جلدته ، ولو برئت ذمته بالكفالة لبردت قبل ذلك الوقت - وأما قول أبى قتادة . . الديناران على كما جاء فى بعض الروايات فعنه صارا مطلوبين منى وصرت ملتزما بهما ولا وفاء لهما إلا من ناحيتى لوفاة المدين مفلسا ، وأما قوله عليه السلام . . . قد أوفى الله دين الغريم وبرى منه الميت ، فالمعنى فيه كما تقدم بيانه أن هذا الدين - ولم يكن هناك سبيل إلى وفاء قبل الكفالة - قد صار بضمانه مطالوبا من الكفيل

وأصبح الكفيل ملتزماً به على وجه التبرع لارجوع له به على الميت وبذلك وجد الدائن السبيل إلى وفائه بعد اليأس منه فصار كأنه قد استوفاه وكان الميت قد برىء بذلك كما في قوله تعالى «أتى أمر الله فلا تستعجلوه» . وعلى ذلك يرى أن ليس فيما يستدل به هؤلاء ما يقطع بأن الدين ينتقل بضمانه من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل .

منافشة الجمهور : نوقش قول الجمهور : بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته - بأنه منقوض بمطالبة وكيل الشراء بضمن ما اشتراه لموكله مع الاتفاق على براءة ذمته منه وشغل ذمة الموكل بالثمن ، ومطالبة الولي والوصي بدين من هو تحت ولايتهما مع عدم شغل ذمتهما به فوجدت المطالبة دون الدين كما يوجد الدين بدون المطالبة به عند تأجيله هذا والمطالبة مع أصل الدين مثلاً مثل ملك التصرف مع ملك العين ، فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق الولي والوصي ، وملك اليد عن ملك العين في حق المرتن ، فكذلك يجوز أن ينفصل حق المطالبة عن أصل الدين . وعلى هذا لا تكون مطالبة الكفيل بالدين دليل شغل ذمته به ، كما نوقش أيضاً استدلالهم بصحة الهبة للكفيل ، والشراء منه بالدين المكفول به بأن مبنى ذلك هو اعتبار ذمة الكفيل مشغولة بالدين استحساناً ، والحكم بصحة ذلك اعتماداً على توجيه المطالبة إليه غير أن هذا يلزمهم أن يذهبوا هذا المذهب في الوكيل بالشراء أيضاً فهل تقل ذلك عنهم ؟ .

وقولهم : لو كانت الكفالة ضمناً في المطالبة فقط لانتهد بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته ، منقوض بالوكيل في الشراء إذ هو مطالب بالثمن فقط وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين ، وإذا توفي لا ينتهي التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه .

أما استنادهم الى القياس على الكفالة بالنفس وانتهائها بموت الكفيل وعدم سقوط الكفالة بالدين ب وفاة الكفيل فهو قياس مع الفارق ، وذلك لأن الكفالة بالدين واستلزامها المطالبة تستتبع حقا في مال الكفيل فلم تسقط بوفاته ، أما الكفالة بالنفس فهي مجرد التزام شخصي بالقيام بعمل فيسقط بموته .

مناقشة رأى فريق من الحنفية :

٣ - ونوقش استدلال من ذهب من الحنفية الى أنها ضم ذمة الى أخرى في المطالبة فقط بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما جميعا بل هو لا يزال ديناً واحداً ولكنه يشغل ذمة كل منهما والاستيفاء لا يكون الا من أحدهما فقط ، وذلك كما في الغاصب وغاصب الغاصب اذا تلف المغصوب في يد غاصب الغاصب ، فان المالك في هذه الحال لا يستحق الا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما وهو من يختاره منهما ، إما الغاصب ، وإما غاصب الغاصب ، لأن ذمة كل منهما أصبحت مشغولة بها لثبوت سبب الضمان في حق كل منهما - الغاصب بأخذه المال بدون حق - وغاصب الغاصب بسبب تفويته يد الغاصب التي هي في حكم يد المالك من وجه ، إذ كان عليه أن يحفظ المال ويرده إلى صاحبه ، فكان كالوديع بالنسبة للمالك من هذه الناحية إذ غصبت منه الوديعة وهي في يده ، ومع ذلك فإن المالك لا يستوفي القيمة إلا من أحدهما فقط ، ولم يلزم من شغل ذمة كل منهما بها أن يكون له قيمتان يستوفيهما من الغاصب وغاصب الغاصب - وإذا استوفى من الغاصب رجع الغاصب بما يضمن على غاصب الغاصب ، إذ قد ظهر بذلك أن غاصب الغاصب قد تعدى على ملك الغاصب فغصبه وذلك لاستناد ملك الغاصب عند تضمينه إلى وقت تعديه . وأن ضمن غاصب الغاصب لم يرجع على الغاصب لأنه إنما ضمن بفعله وتعديه فتحمل تبعه تعديه وليس يرد على ذلك أن يقال

كيف يتصور أن يشغل الشيء الواحد محلين في وقت واحد فيشغل الدين ذمتين في وقت واحد ، ذلك لأن ثبوت الدين في الذمة مجرد اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحسكية ، ومجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقي ، فجاء لذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلاً لذمتين في وقت واحد أى متعلقاً بكل منهما ، وإلغى تمتع ذلك في الأعيان فلا يتصور فيها أن تشغل عين مكانين في زمن واحد - وللآخرين أن يقولوا أن قياس المدين والكفيل على الغاصب وغاصب الغاصب قياس مع الفارق فإن مطالبة كل من المدين والكفيل محلها حق واحد هو حق الدائن - أما مطالبة الغاصب وغاصب الغاصب فليس الأمر فيها كذلك ، فإن الواقع أن ذمة الغاصب مشغولة بحق المصوب منه ، وذمة غاصب الغاصب مشغولة في الواقع بحق للغاصب ، وإذا طالبه المالك فإنما يطالبه على أساس هذا الحق ، وكأنه احتال بماله لدى الغاصب من دين على غاصب الغاصب ، وأما قولهم أن الكفالة للضم وقد شرعت للتوثيق ويمكن فيه أن يكون الضم في المطالبة فقط فليس بسليم أدلاً يلزم من كفاية الضم في المطالبة لتحقيق التوثيق ألا تكون الكفالة ضمناً في الدين أيضاً وذلك أقوى في افادة التوثيق ، ثم أن الاستدلال على جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين لا يستوجب تحقق ذلك فعلاً في الكفالة إذ ليس كل جائز واقعاً . هذا والخلاف بين الحنفية في أنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين أو في المطالبة لا في الدين خلاف نظري لا يترتب عليه أثر عملي في الأحكام - وذكر بعضهم أن له أثراً هو صحة تعليق براءة الكفيل على الشرط بناء على القول الأخير لأنها عليها إسقاط محض ، وعدم صحتها بناء على القول الأول لما فيها من معنى تملك الدين بناء عليه .

وبما تقدم يتبين أن ما استدلل به هذا الفريق : أصحاب القول الأخير لانهض دليلاً لهم ، كما تبين أيضاً أن استدلال الشيعة وأهل الظاهر لم يسلم أيضاً لهم لما تبين من أن قوله صلى الله عليه وسلم « قد أوفى الله الغريم حقه » ليس مراداً به حقيقة قطعاً لما بينا وأن مذهب الجمهور هو المذهب الذي يقوم

عليه الاستدلال وهو المذهب الذى ينسب مع تعريف أبى حنيفة للدين من أنه الأداء الواجب فى النعمة كما سبق يانه ، وان كان الحنفية قد رجحوا القول الآخر - ولم يذكروا لذلك وجهاً سليماً ولعل مرادهم من هذا أن تعريف الكفالة على هذا الوضع أجمع لأنواعها بخلاف تعريفها على الوضع الآخر ، فإنه لا يشمل إلا الكفالة بالمال ، وقد نص على ذلك ابن عابدين فى حاشيته فى أول الكفالة وذكر أن الذى يظهر له هو اتفاقهم على أن الدين يشغل ذمة الكفيل كما يشغل ذمة الأصل ، ذلك لاتفاقهم على صحة الهبة للكفيل والشراء منه وليس يترتب على هذا رأى أى محذور وبخاصة إذا لاحظنا أنه متسق مع رأى الامام فى الدين وعلى الجملة فإنه لم ينقل عن الامام وصاحبه رأى صريح فى أنها للضم فى الدين أو فى المطالبة ، وليس ذلك إلا تخريجاً عن أبى بدمم مستنبطاً من الفروع وقد علمت أصح الاستنباطين .

أما القانون المدنى المصرى فقد عرفها فى المادة ٢٧٢ بقوله :

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن ينفى هذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه ، وليس من شك فى أن تعهد الكفيل بالوفاء بالالتزام التزمه المدين يحمل ذمته مشغولة قانوناً بهذا الالتزام وليس الا الدين وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولاً بالوفاء وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور فى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين . أما القانون العراقى فقد عرفها أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام « ١٠٠٨ » ، وبذلك مال إلى مارجحه الحنفية .

مشروعية الكفالة :

شرعت الكفالة بالكتاب حين أقرها فى حكايته عن كفالة أحد أبناء يوسف عليه السلام إذ قال : « ولئن جاء به ، بالصواع ، حمل بعير ، أى

من الطعام ، وأتينا به زعيم ، أى كفيل كما قال ابن عباس ، وبالسنة وذلك بما رويناه فيما مضى ، وبما روى عنه صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : الزعيم غارم .

ركن الكفالة :

يتطلب وجود الكفالة وجود كفيل ومكفول له ومكفول عنه ومكفول به وصيغة تحقق بها الكفالة . وقد ذهب أهل الظاهر والشيعة الجعفرية إلى أن الصيغة التي تتحقق بها الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له وهو الدائن أو الطالب وبناء على ذلك يكون من أركانها عندم الإيجاب والقبول . ذلك لأن الكفالة في رأيهم تنتقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل والدين حق للمكفول له ونقله من ذمة إلى أخرى تصرف فيه لا يتم إلا برضا صاحبه وإرادته فكان من الواجب لتحقيق الكفالة رضا المكفول له وقبوله وكانت الكفالة كأي عقد من العقود التي تنشأ بين طرفين لا تتحقق إلا بإيجاب وقبول ، ولا يشترط في تمامها رضا المكفول عنه فتصبح ولو كرها ، تحرر الأحكام ج ٢ ص ٢٢١ ، والمحلى ٨٣ ص ١١١ وما بعدها .

وذهب أبو حنيفة وعبد وكذلك أبي يوسف في أول رأى له إلى مذهب إليه هؤلاء من أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقبول . وإلى أن قبول المكفول له ركن فيها ، ومبنى هذا القول عندم أن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا في ذمة الكفيل وإذا كانت كذلك وجب قبول المكفول له إذ لا يملك إنسان حقا رغم أنه فكانت لذلك كالبائع تفيد ملكا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول ، وبناء على رأيهم هذا لا تتم الكفالة ببسالة

الكفيل وحده سواء أكفل بالمال أم بالنفس بل لابد من قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد لما صدر فيه من إيجاب بها فيكون فضولاً في هذا القبول ويتوقف العقد حيثئذ على اجازة المكفول له وإذا وصل إلى علمه ولا يجب أن يكون البادى فيها هو الكفيل بل يجوز أن يبدأ المكفول له أو أجنبي عنه بأن يقول أكفل لى بدينى قبل فلان أو أكفل لفلان بدينه في ذمة فلان فيقول الكفيل كفلت. وإذا قام مقام المكفول له أجنبي فتوقف العقد على اجازته جاز للكفيل حيثئذ أن يخرج نفسه من الكفالة قبل اجازتها، لأن التزامة حيثئذ لم يتم إذ يعتبر أنه قد صدر معلقاً على قبول المكفول له، فإذا لم يحدث من المكفول له قبول كان التزاماً لا يتم، فيجوز له أن يعدل عنه كما يجوز للبائع أن يعدل عن إيجابه قبل اجازة المشتري المبيع الذى باشره عنه الفضولى.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تم وتنحقق بإيجاب من الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول من المكفول له ولا على قبول من المكفول عنه ولا على عليهما بها ولا يشترط فيها رضاهما ذلك لأنها مجسدة التزام صادر من الكفيل بأن يوفى ماوجب للمكفول له في ذمة المكفول عنه مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المكفول عنه وذلك التزام لا معاوضة فيه ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارة وحده.

وهذا هو أصح الرايين عند الشافعية وبناء عليه لا تتوقف على قبول المكفول له ولا على رضاه، ولكنها ترد برده عندهم لأن رده في معنى إبرائه الكفيل والإبراء يستقل به المبرى عند من ذهب إلى ذلك منهم وقيل تتوقف على القبول لأن الإبراء يتوقف على قبول المبرأ عند من ذهب إلى ذلك منهم وقيل إنها تتوقف على الرضا لا على القبول لفظاً لا وكل هذه آراء عند الشافعية أصحابها مذكروناه أولاً.

وذهب الزيدية في أصح القولين عندهم إلى ماذهب إليه الشافعية غير أن منهم من اشترط مع ذلك أن يكون الكفيل على معرفة بالمكفول له كما في الفتح، ومنهم من لم يشترط ذلك فصرح بصحة الكفالة مع جهالة المكفول له. وقد رجع أبو يوسف أخيراً إلى رأى الجمهور فلم يرقول المكفول له ركناً في الكفالة وقال أنها تتم وتحقق بإيجاب الكفيل وحده .

وفي بيان هذا القول اختلف الحنفية فمنهم من رأى أنها تصح بإيجاب الكفيل موقوفة على اجازة المكفول له . فإذا أجازها ألزم الكفيل بمقتضى كفالته وإذا لم يجزها لم يلزم بذلك . ومنهم من رأى أنها تنفذ فيلزم الكفيل ولكن المكفول له حق ردها فإذا ردها بطلت . ذلك تخريجهم لقول أبي يوسف، وعلى هذا إذا مات المكفول له قبل القبول لم يترتب على الكفالة أثر وبطلت بموته على القول الأول ولزمت على القول الثاني فكان لو ارث المكفول له مطالبة الكفيل بالدين .

وقد استند الجمهور أولاً إلى ما رويناه فيما سبق عن سلبة بن الأكووع وإلى ما رواه جابر رضى الله عنه من أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل كفالة أبي قتادة بدين على ميت حتى به له ليصلى عليه وأقرأها وصلى عليه بنساء عليها دون أن يقبلها الدائن بل ودون أن يعرف من هو وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له .

وأضافوا إلى ذلك أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المال المكفول به ، وتقبل التعليق بالشرط ، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق ، والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر .

غير أن القانون المدق المصرى قد انحاز في بيان الكفالة إلى رأى الإمام

ومحمد فقد ذكر أنها عقد م ٧٧٢، وإذا كانت عقداً وجب أن يكون له طرفان هما الدائن والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون الا بالإيجاب وقبول منها دالين على توافق ارادتهما ولا تتم في نظره من جانب واحد، ولم أر الحكمة في تفضيل هذا الرأي على الرأي الآخر في حين أنه لا يراها تنقل الدين من ذمة الى أخرى وإنما يراها ضم ذمة الى أخرى وأنها مجرد التزام من الكفيل قام به تبرعاً قصداً الى توفير أمن الدائن وطمأنينته، وتوثيق ذمة المدين لديه، وليس يترتب عليها أى تكليف للأصيل ولا نقص لحقوقه حتى يشترط قبوله والى هذا ذهب القانون العراقي م ١٠٠٩.

ويكون الإيجاب من الكفيل بكل ما يدل على العهدة والضمان لغة أو عرفاً وعادة كضمنت وكفلت وأنا به حميل أو زعيم أو غارم أو هذا المال على أو الى، أو عندى لك هذا المال متى كانت القرينة دالة على الضمان لا على الوديعة، ويكون القبول بكل ما يدل على الرضا كقبلت أو رضيت ونحو ذلك.. وليس يكفي عند الحنفية أن يكون الإيجاب أمراً كما في البيع فإذا حدث فاستتبع استجابة من المأمور وجب أن يقبل الأمر أخيراً واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك حال المرض إذا أمر المريض مورثه بقضاء دينه فقبل ذلك استحساناً إذ يلتزم الوارث به دون توقف على صدور قبول من المريض الأمر.

والكفالة كغيرها من العقود تنعقد بالكتابة المرسومة المستبينة لقيامها مقام اللفظ، وتنعقد أيضاً بالكتابة المستبينة غير المرسومة إذا صح بها ما يدل على أنه قد أريد بها العهد أو الضمان، ولا تنعقد بغير المستبينة، وكذلك تنعقد بالإشارة من الآخرس إذا كانت دالة مفهومة على أنه يريد ضمناً.

وفي اشتراط عدم معرفته بالكتابة لانعقادها بإشارته خلاف بين الفقهاء، منهم من لا يشترط ذلك، ومنهم من يشترط.

وعند الخنفية في ذلك روايتان ، رواية الأصل ورواية الجامع الصغير ،
والأولى تفيد اشتراط عجز الآخرس عن الكتابة والثانية تدل على عدم
اشتراط ذلك ، والحنبالة يشترطون لانقضاء الكفالة من الآخرس بالكتابة
أن تصاحبها قرينة تدل على أنه لا يريد بالكتابة شيئاً غير الضمان ، وهذا
مذهبهم في كل العقود ينشئها الآخرس بالكتابة .

وإلى صحة الكفالة بالعبارة أو الكتابة ذهب القانون المدني ، ولكنه
يشترط الكتابة في إثباتها ففي مادته ٧٧٣ ، لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة
ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة . - ولا يجوز إثباتها
بالبينة إلا إذا وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة (١) أو وجد مانع مادي أو أدبي
يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقد سندها الكتابي بسبب أجنبي
لا بد للدائن فيه - م ٤٠٢ ، ٤٠٣ مدني .

طبيعة عقد الكفالة :

والكفالة في طبيعتها كما تبين من تعريفها عقد التزام من جانب واحد
فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل ، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له
ولا المكفول عنه بشيء . وإن كان يكسب المكفول له حقاً هو حق مطالبه
الكفيل على ما شرحناه سابقاً وهذا عند الجمهور أما عند الشيعة وأهل الظاهر
فإن عقد الكفالة يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه ديناً آخر
في ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة الدين الأصلي .

وعلى مذهب الجمهور إذا صاحب الكفالة لالتزام من جانب المكفول له
أو المكفول عنه فليكن ذلك أثراً من آثار عقد الكفالة بل هو أثر

(١) منهج مبدأ للإثبات بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تحمل
وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال :

لالتزام آخر خلاف عقد الكفالة وإن كان قد صاحبه ، ذلك كأن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمدين أو الدائن على أن يعطوه جملا ماليا في نظير كفالته إياه فإن هذا تعاقدا مستقلا عن الكفالة بين الكفيل والمدين أو المكفول له يجوز قانونا ، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء .

ولا يتعارض مع هذا البيان أن الكفيل قد يرجع بما آداه للمكفول له على المكفول عنه كما سيأتي بيانه ، لأن هذا الرجوع عندما يحدث إنما يكون نتيجة لآداء الكفيل ما على المدين من الدين لا نتيجة لكفالته بدليل أنه لا يرجع إلا إذا أدى الدين فعلا للدائن وأنه لا يرجع إذا كان متبرعا بالكفالة فكفل بدون أمر المدين وإنما لم يجوز جمهور الفقهاء الشريعة التعاقدا على إعطاء جمل للكفيل نظير كفالته لأنه من قبيل أكل المال بالباطل والله تعالى يقول « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، إلا أن تكون تجارة عن تراض وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئا يعترض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له وإنما التزم متبرعا بآداء ما على المكفول عنه من الدين ، فإذا آداه ورجع به عليه لم يكن عندئذ ما يستوجب به أخذ مال آخر زيادة على ذلك وهو الجعل — كما هو الحال والحكم إذا قام المدين « الأصيل » بوفاء ما عليه من الدين — وأن آداه الكفيل ولم يرجع بما أدى على المدين فقد قام بالآداء متبرعا بما أدى فلا يستحق شيئا لقاء تبرعه بالتزامه وأدائه لأن ذلك يتعارض مع تبرعه .

وقد جاء في كشف القناع ومنتهى الإرادات ما معناه ، إذا قال شخص لآخر كفلت لك هذا المدين على أن تبرئني من كفالتي لفلان أو من ضمان الدين الآخر أو على أن تضمن ديني قبل فلان أو على أن تبني دارك بكذا أو على أن يؤجرني إياها لم يصح فإن كان ذلك شرطا في الكفالة أفسدها ،

وان لم يكن فيها لم يلزم الوفاء به (١) . وفي نهاية المحتاج ص ٤٤٢ ويطلب
الضمان بشرط اعطاء ضمان مال لا يحسب من الدين .

وفي فتح القدير : اذا كفل بمال على أن يجعل له الطالب جملا فإن لم
يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باخلة
وسياق أن هذا يخالف ماذهب اليه الحنفية من أن الكفالة لا تبطل بالشرط
الفاسدة وسياق يبان ذلك .

وفي منح الجليل - اذا أخذ الكفيل جملا على كفالته سواء أكلن ذلك
من الدائن أم من الدين أم من غيرهما فالكفالة باطلة ، وقيل لا تبطل الكفالة
الا اذا كان الجمل من الدائن أو كان من غيره بعلم الدائن أما اذا كان من المدين
فإنها تصح ويلزم الكفيل برد الجمل اليه لأخذه باطلا ، وليس يشترط في
الجمل أن يكون مالا بل كما يكون مالا يكون كفالة بدين الكفيل (٢) .

وفي التاج ، ولا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان مصروف وخير ولا يجوز
أخذ عوض عن مصروف أو خير كما لا يجوز عن سبوم وصلاة سواء أكان
من الدائن أو من المدين ج ٥ ص ١١١ .

وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية لجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها
وعلى ذلك اذا قال له كفلت لك دينك قبل فلان على أن تبيعني منزلك أو على
أن تزحف أرضك أو نحو ذلك لزمه المال اذا تحقق الشرط (٣) وإلى هذا
الرأى مال التشريع المدني في مصر .

(١) انتهى الارادات هامش الجزء / ٢ ص ١٦٦ وكشاف الفتاوى ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) منح الجليل ج ٣ ص ٢٦٥ .

(٣) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٥ .

أحوال الصيغة :

الصيغة الكفالة الأحوال الآتية لأنها إما أن تكون مطلقة أى غير مقترنة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة الى زمن مستقبل ، وإما أن تكون مقترنة بشرط وإما أن تكون معلقة عليه أو مضافة الى زمن مستقبل فالأحوال على الجملة : الإطلاق والاقتران بالشرط والإضافة الى الزمن المستقبل والتعليق على الشرط والتوقيت .

والواقع أن الاقتران بالشرط يتناول حال التوقيت وحال الإضافة وأنها مع الاقتران بالشرط أو مع الإطلاق قد تكون منجزة وقد لا تكون منجزة ، كما أنها في حال الإضافة وفي حال التعليق قد تقترن بشرط وقد لا تقترن بشرط فالأحوال متداخلة وليست كلها متقابلة ، فحال التنجيز تقابل حال الإضافة والتعليق وحال الإطلاق تقابل حال الاقتران وحال التعليق وحال الإضافة وما عدا ذلك فتداخل بعضه في بعض .

حال التنجيز : الأصل في العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والإيصاء ومعنى تنجيزها أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها آثار العقد في الحال ومثال ذلك في الكفالة أن يقول شخص لآخر كفلت لك بدينك في ذمة فلان فإذا قبل الدائن الكفالة على رأى من يرى وجوب القبول ، فإن الكفيل يصير مطالبا بأداء هذا الدين في الحال . وعلى رأى من يرى أنها تتم بالإيجاب وحده يصير مطالبا بمجرد صدور الإيجاب منه دون توقف على قبول من أحد أو رضا من الدائن أو المدين ، وقد فصلنا ذلك فيما مضى ويترتب على ذلك إزامه بأداء هذا الدين على ما سنفصله في أحكامها .

ويلاحظ أن الدين المكفول به إذا كان مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بهفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغتها مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين

توقيت الكفالة : ذكرنا فيما مضى خلاف الفقهاء في الكفالة وأن منهم من يرى أن الكفالة بدين المدين تبرئ ذمته من الدين وينقل بها الدين إلى ذمة الكفيل - ومنهم من لا يرى ذلك - ولكن يرى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضاً بمجرد الكفالة فيكون الدين شاغلاً للذمتين - ذمة الأصل وذمة الكفيل - في وقت واحد وهذا رأى الجمهور . ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين ولكن يطالب بأدائه فقط بناء على الكفالة .

ومقتضى الرأيين الأولين القاضيين بشغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به أنه لا يجوز توقيت الكفالة على معنى أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة حتى إذا مضت تلك المدة برئت ذمته بمضيها وانتهت الكفالة ، وإن لم يوف الدائن دينه ، ذلك لأن المعهود في الشرع أن النعمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمناوذة . عليه أو بإسقاط الدائن لإياه أو بهيته للدين . أما أنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطاً للدين فلا عهد لنا به في الحقوق لأنها لا تسقط بمضى الزمن ولا بالتقادم شرعاً ، ولم يمتد عن هذا إلا دين النفقة فقد ذهب الحنفية إلى أن نفقة القريب إذا لم يؤدها من قضى عليه بها قضى شهر ولم يكن قد اذن ، باستدانتها ولم يستدنتها من وجبت له فعلاً فانها تسقط لأنها انما وجبت صلة الحاجة وبمضى الشهر تبين أن الحاجة فيه تسقط وقد بينا ذلك عند بياننا لأنواع الديون قوبها وضعيفها ، ومن المعلوم أن دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية ، فإذا ثبت في الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضى الزمن ، وعلى ذلك يكون مقتضى هذين الرأيين السابقين عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لا يترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضى الزمن الذي أفتت به . ذلك مما استظهره ولم أجد فيما اطلعت عليه من النصوص إلا النصوص الآتية :

(١) - جاء في كشف القناع الحنبلة : قال شخص اذا قدم الحج فانا كفيلا بفلان شهراً صبح ، لأنها جمعت تعليقاً وتوقيتاً وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع - وظاهر هذا التعليل صحة تعليق الكفالة وتوقيتها وإن جاء ذلك في مسألة في مسألة تتعلق بكفالة النفس . لأن الكفالة التزام في الحالين ، واذا جاز توقيتها في حالة جاز في الحالة الأخرى ، ويؤيد هذا ما جاء في كتاب الفروع لابن مفلح الحنبلي صريحاً وهو : « وفي صحة تعليق الضمان والكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان ، والمراد بالضمان ضمان المال والكفالة كفالة النفس . وقد علق على ذلك صاحب كتاب صحيح الفروع بقوله : « توقيت الضمان والكفالة هل يصح أولاً ؟ أطلق صاحب الفروع الخلاف - والواقع أن حكم توقيتها حكم تعليقها بغير سبب الحق خلافاً ومذهباً ، وفيهما مطلقاً خلاف المشايخ ، لكن في الرعاية الكبرى في مسألة التوقيت : إنه يحتمل عدم الصحة وهو أقيس وقد ذكر في تعليق الكفالة فإن الكفيل لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا ؟ في ذلك خلاف في المذهب ذكره القاتق والمغنى والشرح الكبير قيل يصح وهو الصحيح واختاره أبو الخطاب والشريف أبو جعفر وغيرهما وجزم بهذا القول أصحاب مؤلفات عديدة منها الوجيز والهداية والمحرم والمستوعب والخلاصة وغيرها ، وفي الرعاية الكبرى صرح بصحة تعليق الكفالة وتوقيتها وقيل لا يصح واختاره القاضي في الجامع . وعلى هذا فإذا قال شخص أنا كفيل بهذا الدين مدة سنة فقط في صحة هذه الكفالة خلاف عند الحنبلة ، منهم من ذهب إلى أنها صحيحة ويرأى بمعنى السنة وإن لم يحدث فيها وفاء ، وهذا هو المختار عند الكثير ومنهم من قال بعدم صحتها وذلك أقيس كما في الرعاية الكبرى ووجه القياس ما قدمناه من أن الشأن في الديون أنها لا تسقط بمضي الزمن - وأمل من ذهب إلى جواز ذلك يبينه على أن الكفالة من قبيل التبرع والتمان فيه أنه غير ملزم وليس يضير الدائن

أن يستوثق مدة من الزمن قد يستطيع فيها أن يحصل على حقه من الكفيل فإذا مضى الزمن عاد الى الحال التي كان عليها وكأن رضا الدائن بذلك يعد ابراء منه للكفيل مضافا الى مضى هذه المدة (١)

(٢) وجاء في البدائع للحنفية : ولو كفّل بالمال وقال على أن أفيتك بفلان ، المدين ، فدا فانا برىء فوافاه به من الغدي براء من المال وفي رواية لا يبرأ ووجه هذه الرواية الأخيرة أن قوله ان وفيتك به غدا فانا برىء تعليق للبراءة من المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التمليك والتعليكات لا يصح تعليقها بالشرط - ووجه الرواية الأولى أن هذا ليس تعليق للبراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والقول بعدم البراءة أشبه - وتعليل الرواية القاضية بالبراءة عند الموافاة صريح في أن الحنفية يجوزون توقيت الكفالة . وكل ما لاحظته صاحب البدائع هو أن هذا هو توقيت للكفالة أم تعليق للبراءة وهي لا تقبل التعليق ، ورجح أن ذلك يعد تعليقاً للبراءة ، غير أني لاحظ أن ذلك ان كان تعليقاً للبراءة - وهي لا تقبل التعليق لما فيها من معنى التمليك - فليست البراءة المتعلقة هنا براءة من المال الا على أحد قولين عند الحنفية وهو أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في الدين ، أما على القول الأصح من أنها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فهي براءة من المطالبة بالدين وهي اسقاط حصص لا يضره التعليق كالطلاق ، والعق فإذا روى هذا كان القول بصحة البراءة من الكفالة أقيس .

وفي الهندية نقلا عن الظهيرية والمحيط - لو قال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال

كفلت بنفسى فلان . شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب ومن المشايخ من قال أن الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضى المدة وإليه مال الشيخ عبد الواحد الشيباني ، ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلاً أبداً وبلغوا التوقيت مثله قول الزوج لزوجته أنت طالق شهرا ونسب صاحب البحر هذا إلى الأصل لمحمد أقول وما الفرق بين هذه وسابقتها وقد نص فيها على عدم الخلاف .

وفي ابن عابدين - لو قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر صار كفيلاً في الحال أبداً أى في الشهر وبعده ولكن لا يطالب إلا بعد الشهر ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة وقيل لا يصير كفيلاً في الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهرة عبارة الأصل لمحمد وعلى كل من القولين لا يطالب في الحال وهو ظاهر الرواية كما في التارخانية وفي السراجية وهو الأصح وفي الصغرى وبه يقتضى كما في البحر - قلت ومقابلة ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب في المدة فقط أما بعدها فيبرأ كما في الظاهرية وغيرها وفيها أيضاً كما سبق نقلنا عن الهندية - لو قال كفلت من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف وقال ابن عابدين وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا وهى :

(١) كفلت إلى شهر دون ذكر بداية .

(٢) وكفلت من هذه الساعة إلى شهر .

(٣) وكفلت شهراً .

كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعد هذه المدة . ومبنى ألفاظ الكفالة

على العادة وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يعمل على حرفه سواء وافق اللغة أم لا . ج ٤ ص ٢٨٤ طبعة الحلبي .

(٣) وجاء في المنتزع المختار الزيدية ، ويصبح توقيتها كأن يقول شخص لآخو ضمنت لك هذا الشخص في هذا الشهر فيبراً بتسليمه إليه في ذلك الشهر ومتى مضى الشهر بطلت الكفالة وقد علق على هذا صاحب التعليقات بقوله هذا في كفيل الوجه أما في كفيل المال فلا يبرأ إلا بتسليم المال ، ومعنى ذلك أن الكفالة تصح ويلغو التوقيت ثم قال وفي كتاب الزهور أنه لا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال في صحة التوقيت ثم قال وهو ظاهر .

وفي البحر الزخار الزيدية - وتصح مؤقتة في الابتداء كبعد شهر وله الرجوع قبله ومؤقتة في الانتهاء كالي شهر فتسقط بعده ويصح تعجيل المؤجل كالقرض فإن امتنع من القبول أى من قبول الأداء بلا عذر - ولا حاكم - أشهد عليه وبرى .

ومن هذا يرى أن الزيدية مختلفون أيضاً في صحة توقيت الكفالة بالمال وإن أظهر الرأيين الصحة لاقصر صاحب البحر الزخار على ذلك . وأرى أن هذا من قبيل الاستحسان كراى الحنابلة (١) . وفي نهاية المحتاج للشافعية والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل يزيد إلى شهر وأكون بعده بريئاً - والثاني يجوز ذلك لأنه قد يكون له غرض في تسليمه هذه المدة

وليس له غرض في تسليمه بعدها بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء
فلذا امتنع تأييد الضمان قطعاً والظاهر أنها تصح ويلغو التوقيت .

ومقتضى هذا أن ضمان المال لا يصح توقيته ووجه ذلك ظاهر لما قدمنا
أما ضمان الوجه ففيه خلاف وأصح القولين عند عدم الصحة (١) .

هذا وليس يصح توقيت الضمان عند الشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم
في براءة المدين بسبب ضمان دينه إذ أن هذا يتنافى مع ما شرع له الضمان
وما يترتب عليه من براءة ذمة المدين .

وما تقدم يتبين أن القول بصحة توقيت الكفالة على رأى من يرى أن
ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بالدين المكفول به غير متسق مع رأيهم
في الكفالة . أما على القول بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط فليس
ما يمنع من أن تكون مطالبة الإنسان بالأداء محددة بوقت حتى إذا ما انتهى
هذا الوقت انتهت تلك المطالبة ، إذ أن لذلك مثيلاً في الشرع فالولى وناظر
الوقف كلاهما مطالب بأداء الدين أنذى هو على المولى عليه وعلى الوقف
مادامت الصفة فإذا انتهت انتهت تلك المطالبة وعلى ذلك يكون رأى بصحة
توقيتها غير متعارض مع القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة أما في
التشريع القانوني فلا يعد التوقيت إلا شرطاً والشروط لازمة ما دامت غير
محظورة قانوناً وعلى ذلك فتوقيتها قانوناً جائز ملزم وتنتهى باتهاء وقتها .

إضافة الكفالة :

يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل كأن يقول الكفيل أنا

ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من الشهر الآتي فلا يكون كفيلاً به إلا ابتداء من ذلك الوقت أما قبل حلوله فلا يعد كفيلاً ولا يطالب به ، وإذا توفي لم يؤخذ الدين من تركته . غير أن للفقهاء في ذلك تفصيلاً هذا يأنه :

يرى المالكية ، صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل فإن كان معلوماً فالأمر ظاهر ولا يطالب الكفيل إلا إذا حل ذلك الوقت وإن كان مجهولاً جهالة غير فاحشة لم تفسد الكفالة ولكن يضرب له القاضي أجلاً بقدر ما يرى فإذا مضى الأجل الذي حدده صار مطالباً ، ففي المدونة - ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إذا كانت الكفالة في دين قرض أو ثمن مبيع - وفيها : أرأيت أن قال إن لم يوفك فلان حقه فهو على ولم يضرب لذلك أجلاً يلزم الكفيل ذلك الحق ؟ قال أرى أن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى فإذا لم يوف الحق في ذلك الوقت ألزمه بالمال إلا أن يكون الذي عليه المال حاضراً مليئاً ، وهو الأصل ، وفيها : فإن قال إن لم يوفك حقه حتى يموت فهو على (١) ، أ يكون له أن يأخذ منه شيئاً قبل موت فلان ؟ قال : أرى أن ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل بضربه لنفسه .

فهذا كله يفيد أن المالكية يرون صحة الإضافة في الكفالة سواء أكانت إلى أجل معلوم أم مجهول جهالة غير فاحشة وعندئذ لا يترتب عليها أثرها إلا إذا حل الوقت الذي أضيفت إليه .

(١) راجع الخطاب ج ٥ ص ١٠١ والمدونة ج ١٢ ص ١٣١ وص ١٣٢ طبعه الساسي .

(٢) في هذه المسألة والتي قبلها يلاحظ أن الكفالة ملقة والتطبيق في معنى الإضافة إلى وقت تحقق الشرط الملحق عليه وهو مجهول والتطبيق في ذاته ضرب من الإضافة فإذا صح المقدم مع التطبيق صح مع الإضافة .

ويرى الحنفية : أن الإضافة إذا كانت الى أجل معلوم بأن كفل ابتداء من الشهر الآتى أو من السنة الآتية جازت الكفالة : ففى الهندية نقلا عن التبيين - ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم . والجهالة البسيرة فيها محتملة وجميع الأجل فى ذلك على سواء أى القريب والبعيد .

ولكن هذا الموضوع يحتاج الى بيان يتضح به الفرق بين اضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به وفيما يلى البيان :

الكفالة قد تكون بدين لما يوجد عند انشائها وقد تكون بدين موجود عند انشائها . فإذا كان الدين غير موجود عند انشائها وتعلقت به بسبب اضافتها اليه كأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك ما ستقرضه لفلان من مال أو بسبب تعليقها به كأن يقول إن أقرضت فلاناً مائة جنيه فانا كفيل بها فان الكفالة فى هذه الأحوال تكون مرجأة الى وقت تحقق سبب الدين أى وقت ثبوته وبذلك تعد مضافة الى زمن مستقبل وهو الزمن الذى يتحقق فيه الدين ولا يترتب عليها أثر الا من ذلك الوقت .

أما إذا كان الدين المكفول موجوداً عند انشائها فانه قد يكون عندئذ حالا وقد يكون مؤجلا .

فإذا كان حالا وأضيفت كفالته الى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر الآتى لم يكن الكفالة أثر الا من وقت حلول الشهر وتأجل الدين بالنظر الى الكفيل وحده لالتزامه به ابتداء من الشهر الآتى نتيجة لإضافة الكفالة . أما بالنظر الى المدين الأصيل - وقد كان الدين عليه حالا - فلا يتغير وصف الدين ويستمر عليه حالا اذا يلزم من تأجيل الدين على الكفيل بسبب كفالة المضافة تأجيله على المدين الأصيل .

وقد تصدر الكفالة في هذه الحال غير مضافة ولكن قيست بشرط تأجيل الدين المكفول الى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان على أن يكون مؤجلاً الى شهر كذا وعندئذ يلاحظ أن صفة التأجيل لم تتعلق بالكفالة نفسها فصدرت منجزة ولكنها تعلقت بالدين فكانت شرطاً فيه ووصفاً له باعتباره مكفولاً وتعلقت به الكفالة على هذا الوضع وعلى هذا الشرط ونتيجة ذلك أن الكفيل لا يطالب به الا عند حلول الأجل المشترط في عقد الكفالة أن التزامه به قد قام على ذلك - لا خلاف في ذلك وهذا هو الحكم بالنسبة الى الكفيل .

أما بالنسبة الى المدين الأصلي - وقد كان الدين عليه حالاً - ففي ظاهر الرواية أنه يتأجل أيضاً عليه فلا يطالب به الا عند حلول الزمن الذي أجل اليه الدين في عقد الكفالة .

وروى بن سماعة عن محمد أن التأجيل يكون قاصراً على الكفيل وحده ويبقى الدين حالاً كما هو على المدين الأصلي لأن عقد الكفالة تم بين الكفيل والدائن على تأجيل الدين وذلك لا يكون الا لمن شرطه ولم يشترطه الكفيل للمدين الأصلي فيقتصر على الكفيل ويختص به كما لو كفّل الدين كفالة مطلقة ثم اتفق مع الدائن على تأجيل الدين فإن ذلك التأجيل يقتصر عليه بلا خلاف .

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة وقد جعل شرطاً في ثبوت الكفالة وذلك ما يجعل التأجيل صفة للدين الذي كفله الكفيل وليس هناك الا دين واحد شغلت به ذمة كل من الكفيل والأصيل وإذا كان واحداً وقد تأجل على الكفيل فإنه يتأجل على الأصلي وهذا بخلاف ما إذا كان التأجيل بعد حدوث الكفالة لأنه تأخير للبطالة أو تنازل عنها في وقت معين بالنسبة الى الكفيل فلا يتجاوزها الى الأصلي .

ومما ينبغي ملاحظته أن وفاة الكفيل قبل الوقت حال اضافة الكفالة يترتب عليها سقوط الكفالة وبطلانها ولكن وفاته في حال اشتراط تأجيل الدين وهي الصورة الثانية لا يترتب عليها سقوطها ولكن يؤخذ الدين من تركته ان ترك مالا لحلوله على الكفيل بوفاته .

أما اذا كان الدين مؤجلا عند انشائها فأضافها الكفيل الى زمن مستقبل فان كان بعد أجل الدين استمر الوضع بالنسبة الى المدين الأصلي كما هو . ولم يكن لها وجود بالنسبة الى الكفيل الا من وقت حلول الزمن الذي أضيفت اليه ووجه ذلك ظاهر ، وان كان حلوله قبل أجل الدين لم يتغير الحكم بالنسبة الى المدين الأصلي اذ لا يلزم بسقوط أجل له فيه منفعة بدون ارادته ، وطولب الكفيل ابتداء من وقت حلول الزمن الذي أضيفت اليه الكفالة دون الأصيل وذلك هو الحكم في حال ما اذا كفل الكفيل الدين في هذه الحال على أن يكون حالا فان الحلول يقتصر على الكفيل للسبب نفسه .

أما اذا كفل الكفيل الدين كفالة مطلقة كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان فان مطالبة الكفيل تتأجل الى وقت حلول الدين على الأصيل لأنها كفالة بدين مؤجل فيلزمه بوصفه وهو أجله الذي له قبل الكفالة كما يلزمه بوصفه من الحلول اذا ما كان حالا فكفله كفالة مطلقة وهذا ظاهر .

ومن البيان السابق يتضح الفرق بين الكفالة المضافة الى زمن مستقبل والكفالة المنجزة بالدين المؤجل إذ أن شغل النعمة في الأولى بالدين لا يكون إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه الكفالة ومن ثم تبطل إذا توفي الكفيل قبله أما في الثانية فيكون شغل ذمة الكفيل بمجرد إنشاء الكفالة ومن ثم لا تبطل بالموت وجاز الرجوع على التركة حيثئذ بالدين بخلاف الحال الأولى فإنه لا يجوز الرجوع على التركة بشيء من الدين المكفول .

وجعله القول أن المشهور في المذهب والذي عليه الفتوى هو ما نقل في
الهندية عن التبيين من جواز اضافة الكفالة إلى الزمن ، مستقبل وأن الجملة
السيرة فيه محتملة وأن جميع الأجال في ذلك على السواء كما سبأني :

وروى عن أبي يوسف أن الكفالة لا تقبل الاضافة وأن من قال أنا
كفيل بهذا الدين الى ثلاثة أيام (١) كان كفيلاً في الحال ويطلق التأجيل
كالحكم اذا قال رجل لزوجته أنت طالق بعد ثلاثة أيام فإنها تطلق عنده في
الحال ويلغو التأجيل وعلى هذا يطالب في الحال .

وذهب الفقيه أبو جعفر الى أن الكفيل في مثل هذه الصورة يكون
كفيلاً في الحال ولكن لا يطالب بالدين الا بعد ثلاثة أيام لأن ذكر
الأيام الثلاثة إنما يراد به تأخير المطالبة لا تأخير الكفالة واضافتها ، بدليل
أنه لو دفع الدين الى الدائن قبل أن يمضي الوقت المعين أجبر الدائن على قبوله
وذلك دليل على شغل ذمته كما يجبر على قبوله من المدين اذا أداه قبل أجله ،
ولو لم تكن ذمته مشغولة به لكان أجنبياً بالنسبة الى أدائه في هذا الوقت
ولم يجبر الدائن على قبول الدين منه لأن الدائن لا يجبر على قبول أداء دينه
من أجنبي تبرع بأدائه وعلى ذلك تكون هذه الصورة من باب تأجيل الدين
لا من باب اضافة الكفالة .

واذا كانت الفتوى على أن الكفالة تقبل الاضافة فقد بني على ذلك
ما جاء في المحيط للرخي من أن اضافة الكفالة بالمال الى وقت معلوم
أو مجهول جملة غير فاحشة كاضافتها الى الحصاد أو الدارس أو الى المهرجان

(١) والنظام أنه لم ير في هذا توقيتاً بل اضافة ولعل ذلك كان عرفاً لهم في هذا
الأسلوب وذلك بدليل قوله أنه يكون كفيلاً في الحال ونفوا الاضافة وذلك ما ينسق مع
الاضافة لامع التوقيت وينطبق التناسق والتشابه مع التفرع الذي اتخذته أصلاً يقاس عليه عدم
صحة توقيت الطلاق أو تأجيله .

أو إلى النيروز تحوز إلى الأجل الذي سمي . لأن هذا الأجل وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها جهالة مستدركة متقاربة لا يترتب عليها نزاع فلا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع . ألا ترى أن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها مع أنه المقصود منها وهو المعقود عليه ، لجهالة ما ليس بمعقود عليه وهو الأجل لا تمنع صحتها من طريق أولى . وكذلك إذا أضيفت إلى العطاء أو الرزق فإنها جائزة إلى ذلك الأجل ولو أضيفت إلى وقت قدوم فلان صحت أيضاً إذا كان فلان هذا هو المكفول عنه لأن قدومه من سفره ميسر لاقتضاء الدين منه ولا يصح التأجيل إذا لم يكن مكفولاً عنه وتكون منجزة .

أما إذا أضافها إلى نزول المطر فإن التأجيل لا يصح إذ ليس ذلك من الأجل المتعارفة فقد ينزل المطر عقب عبارته وقد يتأخر نزوله إلى وقت بعيد فكانت جهالة متفاحشة وإذا بطل الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة (١) وكانت منجزة .

وإلى هذا ذهب الزيدية ، فليس بين المذهبين فرق

ويرى الحنابلة صحة إضافتها إلى وقت معلوم كأول الشهر وطلوع الشمس . أما إذا أضيفت إلى وقت فيه جهالة متعارف قبولها والتجاوز عنها كوقت الحصاد والدراس والجذاذ والعطاء ففي ذلك قولان :

أولاهما يقضى بصحتها ، لأنها تبرع من غير عوض جعل له أجل فلا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة .

وثانيتها عدم الصحة . أما إذا كانت الجهالة فاحشة غير متعارفة فإن الكفالة تكون باطلة خلافاً للحنفية إذ ذهبوا الى صحتها وسقوط الأجل . وقد أشرنا الى ذلك قفلا عن الهندية .

ويرى الشافعية عدم صحة إضافتها كما لا يرون صحتها مع توقيتها أو مع تعليقها ولكن لو نجحها وشرط تأجيل المكفول به شهراً ونحوه جاز ، لأنها كفالة منجزة حينئذ وقد التزم في ذمته المكفول به مؤجلاً وهو ما يصح تأجيله فتأجلت المطالبة بتأجيله لا بإضافتها . قال صاحب نهاية المحتاج - ومن عبر من الشافعية بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وهي تأجيل الدين المكفول به . والتأجيل في هذه الصورة إلى الحصاد والعطاء ونحوها غير مقبول .

وذهب الشيعة - إلى ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة المضافة والمعلقة ولا يكون الضمان عندهم إلا منجوراً (١) .

تعليقها :

يرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلى أو ما كان لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى ويعتبر الشرط ملائماً إذا كان شرطاً لوجوب الحق كقول الشخص إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن أو شرطاً لإمكان الاستيفاء كقوله إذا قدم زيد « المكفول عنه » أو لتعبر الاستيفاء كقوله إذا غاب فلان « المدين » فيصح التعليق في هذه الأحوال .

(١) راجع المنتزع ج ٤ ص ٢٦٢ و ص ٢٦٢ ، ٢٢٤ و تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢١ والفتا ج ٥ ص ١٠٠ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٩ والمبسوط للرخسى ج ١٩ ص ١٧٢ وما بعدها والهندية ج ٣ ص ٢٢٨ وبيان الصغائر ج ٦ ص ٣ والبحر ج ٦ ص ٢٢٧ والمطالع ج ٥ ص ١٠٩ .

أما إذا لم يكن ملائماً كقوله ان هبت الريح أو ان نزل المطر أو ان دخلت الدار فأنما كفيل فلا تصح الكفالة (١) ... ذلك لأن تعليقها بشرط غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللغو والجزل ولا تصح العقود مع ذلك. وإنما صحت مع جعل ما لا يلائم شرطاً مقترناً بها أو وقتاً مضافة إليه لأن الشرط المقترن والوقت كلاهما أمر عارض للعقد لا تتوقف عليه سببته ولا مانع منها فلا يكون لاقتران العقد بهما أثر في إبطاله اذ لا يلزم من بطلان العارض اذا ما كان العارض معدوداً من العيوب بطلان ما عرض له وهذا بخلاف الشرط المعلق عليه اذا كان معيياً بسبب عدم ملائمته فإن ذلك يعيب العقد لتوقف سببته العقد عليه فيبطل العقد وما جاء في الكنز من أن الكفالة تصح اذا ما علق على شرط غير ملائم

ويلغو التعليق مثل ان هبت الريح فأنما كفيل بهذا المال غير ما في الكتب المعتمدة فلعل ذلك رواية أخرى أو سهو من صاحب الكنز كما جاء ذلك في التبيين للزيلعي مستنداً الى ما في التتائوي الخانية وقد بحث هذه المسألة صاحب أنفع الرسائل ونقل أكثر ما جاء في الكتب المعتمدة وهي تؤيد ما ذهبنا إليه أولاً ، وإنما جاز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره لأن للكفالة شبهين - شها بالتعليق من ناحية ما يترتب عليها من تملك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضى عدم صحة تعليقها مطلقاً لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم ... وشها بالنذر من ناحية أنها التزام وذلك ما يقتضى صحة تعليقها بأى شرط . فعلاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطاً ، فبالنظر الأول لم يجوز تعليقها بغير الملائم وبالنظر الثاني سمح تعليقها بالشرط الملائم هكذا ذكر الحنفية . والذي يظهر لى أن المسألة مسألة عرف وقد تعارف الناس تعليقها بالشروط الملائمة لتحقيق الصلة بينها وبين الشرط ولم يتعارف تعليقها بغير الملائم لفقدان الصلة بينها وبين الشرط وعدوا ذلك لغواً

من القول (١). وما يتفرع على ذلك أنه لو قال شخص لآخر عامل فلاناً وأنا كفيل بكل ما سيكون لك في ذمتك من ذلك صحت هذه الكفالة لأنها معلقة في المعنى على ثبوت الدين ولزم الكفيل كل ما يثبت في الذمة بالنسبة لما بلغ لمكان الإطلاق والعموم وخالف المالكية فقالوا إن ذلك مقيد عرفاً فلا يلزمه إلا القدر المتعارف المتعامل به .

ويرى الزيدية صحة تعليقها بالشرط ولم يشترطوا ملائمة الشرط لها فتصح إذا علق وتلتزم الكفيل بالمال إذا ما تحقق الشرط (٢) .

أما الحنابلة فقريقان : فريق يرى عدم صحة تعليقها وبطلانها مع التعليق وهو ما اختاره القاضي وهو مذهب الشافعي ونسبه بن قدامة لمحمد بن الحسن من الحنفية لأن في التعليق خطراً فلم يجوز تعليق الضمان عليه ذلك لأن الكفالة تثبت حقاً لأدنى معين فلم يجوز تعليق ثبوته على شرط ، كما لا يجوز توقيتها عند هؤلاء قياساً على الهبة والتليكات .

وفريق يرى صحة تعليقها مطلقاً وإليه مال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب . وفي نهاية المحتاج - والأصح أنه لا يجوز تعليق الضمان والكفالة وقبل يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما جواز تعليقهما كإطلاق لأنها مجرد التزام .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بطلانها مع التعليق أو الإضافة ولا تصح إلا بمنجزة عندهم (٣) .

(١) الهداية والفتح ج ٥ ص ٤٠٤ .

(٢) البحر الرخاوي ج ٥ ص ٧٤ والفتاوى ج ٤ ص ٢٦٣ .

(٣) تحرير الأحكام ج ٢ ص ٢٧١ وما بعده .

أما المالكية فيوجد فيها ذكروه من فروعهم فروع عديدة تدل على صحة تطبيق الكفالة على الشروط الملائمة ولم أعثر لهم على فرع علقت فيه على شرط غير ملائم . والظاهر من هذا صحة تعليقها عندئذ على الشرط الملائم وعدم صحتها عند تعليقها على غير الملائم .

اقتران الكفالة بالشروط :

زيد بالشرط التزام المتصرف في تصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف - شرط أم لم بشرط - أم لم يكن من مقتضاه . وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد .

وليس بين الفقهاء خلاف في أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة ، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا يجوز الوفاء به إذا ما تم الاتفاق عليه ، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة أو الباطلة ، وإنما يختلفون فيما يعد من هذه الشروط شرطاً صحيحاً مباحاً يجب الوفاء به إذا ما اشترط ، وما يعد منها شرطاً فاسداً أو باطلاً محظوراً اشتراطه ، لا يجوز الوفاء به إذا ما اشترط ، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط في عقد من أثر فيه أفسد العقد لفساد الشرط فيه أو يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده .

ولاختلافهم هذا اختلفوا في وضع الضوابط والحدود التي تتميز بها الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة ذلك لأنها ضوابط وحدود مستنبطة من حلول مختلفة متعددة أثرت بين الصحابة والتابعين وعن الأئمة المجتهدين لا يجمعها ضابط واحد ولا تحدها حدود مستقرة ثابتة بسبب

اختلافهم فيها اختلافاً كبيراً فتعددت بسبب ذلك المذاهب في الاشتراط
واختلفت توسعه على الناس وتضييقا عليهم فكان أضييقها دائرة مذهب أهل
الظاهر وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن
القيم وفيما بين ذلك مذاهب متعددة مختلفة ضيقاً وسعة .

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعقد شرط إلا إذا ورد به شرع
وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يبطل به العقد الذي اشترط
فيه ، لأن الرضا الذي يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس
عليه فإن بطل الشرط فلم يوف به زال الرضا المؤسس عليه العقد ، وإذا
زال الرضا بطل العقد لقيامه عليه وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك
التضييق لم يصححوا شروطاً وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو على
أن الأثر الوارد بها غير ثابت .

ولا ريب في أن هذا الرأي لا يصلح عليه أمر الناس ، فإن العقود إنما
حدثت فسرعت سدأ لحاجات الناس وتوفيراً لمصالحهم وما كان الاشتراط
فيها إلا نتيجة لقصورها في بعض الحالات عن سد هذه الحاجات فأضيفت
إليها من الشروط ما بقي بالفرض منها وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط
في العقد سائغاً جائزاً إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك .

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ومن ذهب مذهبه يذهبون إلى أن
الشروط الصحيحة هي التي لم يرد عن الشارع نهى عنها ولا تتعارض مع
ما شرعه الله سواء أقام الدليل على اعتبارها أو لم يقم ، وسواء أوافقت
مقتضى العقد أم لم توافقه ، لامت حكمه أم لم تلائم .

وبناء على ذلك فالأصل في الشروط عامة الصحة ، ولا يحرم منها إلا
ما نهى عنه أو خالف ما شرعه الله ،

وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية وهو المختار عند الأطباء ، فقد جاء في كتابه مفاتيح الأصول . اذا شرط شرط في عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فسادة بالنصوص ، فهل الأصل الصحة أو الفساد ؟ فيه أشكال ولكن يحتمل احتمالاً قوياً الأول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم .

وبين هذين الرأيين مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية ، ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة ، ومذهب الزيدية ، ومذهب فريق من الشيعة الجعفرية وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق بينهم في ذلك بل يختلفون أيضاً فيما بينهم ، فبينما ترى بعضهم يعد شرطاً من الشروط شرطاً صحيحاً ترى بعضهم الآخر يعدّه غير صحيح ، وبينما ترى بعضهم يجعل العقد لشرط معين شرط فيه عقداً فاسداً أو باطلاً ترى بعضهم يجعله مع هذا الشرط عقداً ، صحيحاً ويلغى الشرط وحده .

ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض تتطلب دراسة خاصة لسنا الآن بصددّها وانما عرضنا لها استطراداً كمقدمة للدراسة أحكام الكفالة عند اقترانها بالشروط ويكفي للدراسة هذه الأحكام أن تقتصر على أشهر الآراء في كل مذهب من هذه المذاهب مع بيانها في اجمال .

مذهب الحنفية :

الشروط التي تشترط في العقود ثلاثة أنواع عند الحنفية شروطاً صحيحة وشروطاً فاسدة وشروطاً باطلة . فالصحيح عندهم ما كان مقتضى العقد أو لانما له أو جاء بجوازه شرعاً أو جرى به العرف . وفسر بعضهم الملائم للعقد بالمقرقة قضاء أو المؤكّد لمقتضاه ، وفسره صاحب السراج الوهاج بأنه ما كان راجعاً إلى بيان صفة مطلوبة في الثمن أو في البيع أى في موضوع العقد . والتفسير الأخير أشمل وأوضح . وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع :

١ - ما يقتضيه العقد ، واشتراط هذا النوع كعدم اشتراطه ، لأن مقتضاه لازم بالعقد شرط أو لم بشرط .

٢ - والملائم للعقد . ٣ - والجائز بدليل شرعى .

٤ - وما جرى به العرف .

والفاسد عندهم ما عدا ذلك إذا كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء أ كان أحد العاقلين أو انساناً غيرهما ، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق .

وقد ذكر الحنفية أن الشرط الصحيح إذا ما اشترط في أى عقد وجب الوفاء به لأنه عا تم التعاقد عليه فكان جزءاً من العقد يلزم بلزوم العقد . وأن الشرط الفاسد إذا ما اشترط في العقد فسد به العقد إذا كان عقد معارضة كالبيع والاجارة والصلح على مال والمزارعة والمعاملة ، وألحقوا بذلك اجازة هذه العقود والإبراء من الدين . والاقرار وأضاف بعضهم إلى ذلك الرجعة . أما إذا كان في عقد تبرع أو عقد توثيق فإنه يلفو ويصح العقد كالقرض والهبة والصدقة والرعاية والرهن والكفالة والحوالة ، وألحقوا بذلك النكاح والطلاق والخلع والشركة والوكالة .

وأن الشرط الباطل إذا ما شرط في عقد لغا ، وصح العقد أى عقد كان - وعلى ذلك فالنتيجة أن الكفالة والحوالة لا تبطل بالشروط ، ويجب الوفاء بالشرط الصحيح إذا شرط فيها ويلغو الشرط إذا كان فاسداً أو باطلا مع صحتها - راجع الهداية والفتح ج ٥ ص ٢١٤ - ص ٢١٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ١٣٤ - ص ١٣٨ .

تعليقات :

إذا كفل شخص لإنسان مالا له قبل فلان مشروطا عليه في كفالة

هذا المال أن يعطيه المدين رهنا به معنا ، وقبل ذلك المكفول له صحت الكفالة ولزم الشرط لأنه صحيح لا ينافي مقتضاها ، فإذا أبى المدين إعطاء الرهن كان الكفيل بخيرا بين أن يمضى في الكفالة وأن يفسخها .

وفي رأبي أن هذا اشتراط في معنى التعليق اذ الشرط يجب يكون التزاما من أحد طرفي العقد لطرفه الآخر المشرط له وذلك يقتضى أن يكون تنفيذه في مكنته وتنفيذ هذا الشرط ليس في مكنة المكفول له إذ ليس له سلطان على المدين ، وإذن يكون معنى ذلك أنه كفول له دينه أن أعطى به المدين رهنا . فإن أعطى به رهنا تحققت الكفالة وإلا لا ، وعند ذلك لابد من كفالة جديدة . وإذن فمضى الكفيل في الكفالة اذا لم يتحقق الشرط تجديدها .

وإذا كفول شخص دين انسان على أن يوفيه أياه من وديعة للمدين عنده وقبل كل من المكفول له والمدين ذلك فالكفالة صحيحة ويجبر الكفيل الوديعة على إيفاء الدين من الوديعة فإن هلك فلا ضمان على الكفيل وتنتهى الكفالة ، وإذا رد الوديعة إلى صاحبها أو أخذها منه صاحبها عن رضى ضمنا . والدين على الضامن بمقتضى كفالاته لقيام ضمان الوديعة مقامها وإذا ضمن ديناً على ألا يؤديه في حياته فذلك جائز ويؤخذ من تركته بعد وفاته لأن ذلك في معنى اضافة الكفالة إلى ما بعد الموت وإضافتها جائزة الهندية ج ٣ ص ٢٧٢ وص ٢٧٣ .

وهذه هي الكفالة المقيدة بالعين وقد تقيدت بعين مملوكة للمدين في هذه المسألة ويلاحظ أن مقتضى الحكم في الصورة الأولى التي قيدت فيها الكفالة بالوديعة أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وإنما يؤخذ من الوديعة أو من ضمانها فقط حتى اذا هلكت لا إلى بدل بطلت الكفالة وإذن كيف يتم

شغل ذمة الكفيل بالدين أو بأداءه إذا لم يلزم الكفيل في ماله وخاصة عند هلاك الوديعة وهل يكفي في تحقق الكفالة في هذه الصورة وثبوت ضمان الكفيل بناء عليه أن تشغل ذمة الكفيل بأداء الدين من مال الدين ؟ — الواقع أن هذه كفالة مقيدة بعين للدين كالحالة المقيدة بمال الدين وقد ذكرها قاضيان في شرحه على الزيادات لمحمد (١) .

(١) وإذا كانت الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو في المطالبة وبها تفصل القيمة فقد تعبد بين المدين في يد الكفيل وعلى هذا يجب الكفيل على الوفاء منها لا من ماله وهذه يفرق فيها رضا المدين بذلك ورضاءه بذلك جعل له الحق أن يتصرف في الوديعة بالبيع في سبيل الوفاء منها ويكون تصرفه بناء على قيله مقام للدين لباقة عنه تفأت من رضا المدين بهذه الكفالة ويعتزم حينئذ على المدين طلبها من الكفيل كما يتمتع على الكفيل أن يسلمها للمدين . وإذا ملكت بلا تمت فلا ضمان على الكفيل وتنتهي الكفالة بهلاكها وإذا تعدى عليها الكفيل فضمنها قام ضمانها مقامها ولا تنتهي الكفالة — وإذا سلمها الكفيل للمدين لأن تمتدداً وكان ضامناً لغيرها وبقيت الكفالة متعلقة بضمانها وإذا وفي الدين في هذه الحال كان له حق الرجوع على المدين لقيامه بوفاء دين عليه يأمره فلم يكن مبرعاً وعلى النظر في هذه المسألة أت الكفيل هنا هل يعتبر كفيلاً أم يعتبر عدلاً رضية الهائن والمدين وقد رعت الوديعة عنده وוכל بالوفاء منها ؟

وإذا اعتبر عدلاً وجب عند هلاك الوديعة بلا تمتد هلاكها على الهائن بالأقل من قيمتها ومن الدين — وذلك ما لم يشر إليه في هذه المسألة كما يرى أن قولهم بأن المال على الكفيل يقتضى كفالاته عند تعديه على الوديعة بقسائها إلى الدين ينفي اعتباره عدلاً إذ لو كان عدلاً في هذه الحال لكان الحكم أنه ضامن للوديعة وحل الضمان على الوديعة في الرهنية وتنطق الدين بالضمان ولا يقال إن الدين على الكفيل يقتضى كفالاته .

وإذا اعتبر كفيلاً أي مديناً يقتضى كفالاته فكيف لا يلزم في ماله في هذه الحالة وإذا يلزم في مال غيره حتى إذا هلك بالهوان برئت ذمته ولا يؤخذ الدين من ماله — والإنسان لا يكون مديناً في مال غيره وقد يقال أنها كفالاته مقيدة بالوفاء من الوديعة أي مؤقتة بوجودها تحت ولايته أو بوجود ضمانها ومشروطة بالوفاء منها لا من ماله وتظهر هذا الحالة المقيدة بمال المدين عند الحال عليه فان الحوالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الحال عليه ، ومع ذلك تنقسم على أدي الحال عليه لتحيل المدين من مال إذا قيدت به ولا يوفى للمدين إلا عنه وإذا هلك المال لا يملك بذلك انقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المجل القدي كان مديناً — ولا شك أن هذا يظهر ذلك فالحال عليه في هذه المسألة مدين ولا يوفى الدين من ماله وفي هذه الحالة يقول قاضيان في شرحه على الزيادات أنها نوع من الكفالة المقيدة بما للأصيل لدى الكفيل من مال وفيها لا يوفى الدين إلا من هذا المال وعلى ذلك =

ومن فقهاء الحنفية من ذهب إلى بطلان الكفالة إذا اقترنت بالشروط
 الفاسد، ومن ذلك ما نقله الكمال بن الهمام عن الخلاصة - إذا كفّل شخص
 ديناً لآخر على أن يجعل له الدائن جعلاً على كفالته فالكفالة باطلة فتحجه
 ص ٤٠٦، ومن ذلك أيضاً ما جاء في الهندية ج ٣ ص ٢٧٣ - وعن أبي يوسف:
 إذا كفّل إنسان دين آخر على أن يعطيه هذا الدين من ثمن هذا المنزل وليس
 المنزل له فالضمان باطل - وكذلك إذا ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده
 ولا عبده له، فالضمان باطل. وجاء فيها أيضاً - إذا ضمن ديناً على ألا يؤديه
 فالضمان باطل.

ومقتضى ما قدمناه من أن الكفالة لا تبطل بالشروط أن تصح الكفالة
 في هذه المسائل ويلغو الشرط. والمختار عند الحنفية الرأي الأول. وفي

فالمسألة المذكورة هي نوع من الكفالة التي تعقد بما يكون للأصيل لدى الكفيل من مال
 كالحالة المقيدة عند الحنفية - وهذه غير الكفالة المقيدة عند الحافية وهي الكفالة
 المقيدة بين مملوك الكفيل ولا يكون الكفيل مطالباً إلا في هذه العين وفي هذه الحال
 يجب تسليم المبيع إلى الدائن لتكون تحت يده توثيقاً لحقه فيكون حكمها حكم الرهن
 وأبست رهنًا ..

أما ما ذهب إليه القانون في هذا النوع من الكفالة فهو أن يقوم الكفيل بتقديم العين
 التي يقيدها كفالته رهنًا إلى الدائن إما رهنًا رسميًا أو رهنًا حيازياً ولا تتم الكفالة المبنية
 إلا بذلك قانونًا.

وأما الضمان المقيّد بالعين عند الحافية فالظاهر أنه يكون برهنها لدى الدائن من قبل
 مال الكفا - وتباع العين في الدين ولا يصير به مالك العين مدينًا حتى لو توق لا يحمل الدين
 بوفاته ولو تلف المرحون لم يلزمه أداء الدين ج ٤ ص ٢٤٠ نهاية - وجاء فيها لو قال
 شخص لعمدتين ضمنّت ما لفلان عليك في رقة عندي من غير قبول المضمون له سكنى وكان
 بالإعارة للرهن - ومقتضى هذا أنه لا يشترط في الكفالة المبنية رهن العين وعلى هذا
 فليظنر ما ذهب إليه الحافية في الكفالة أو الضمان المبنى أوجب فيه رهن العين لدى الدائن
 كالوضع في المارية التي استعيرت لرهن أم لا يجب فيه ذلك بل يصير مالك العين مطالباً بالدين
 في العين وتكون مضمونة عليه إذا هلكت بنقد أو بتقصير من قبله.

الاختيار - وشرط الخيار في عقد الكفالة جائز وهي أقبل للخيار من البيع حتى جاز فيها اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه لما صح تعليقها بالشرط فلأن تصح بشرط الخيار أولى . وعلى ذلك لا تقصد باشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام وله الخيار في المدة . ج ٣ ص ٦٥ .

مذهب الزيدية :

الظاهر من عبارة المنتزع أن الزيدية يصحون الكفالة المقترنة بالشروط مطلقاً فإن كان شرطاً صحيحاً لزم ، وإن كان غير صحيح صححت ولغا الشرط ففي المنتزع - وتصح الكفالة مشروطة ولو بمجهول غير أنه إذا كان الشرط أجلاً مجهولاً لم يصح التأجيل بل يأخو وتثبت الكفالة في الحال إلا أن يتعلق به غرض كاللباس ونحوه فإنها تنقيد بذلك تبعاً للعرف . أما إذا لم يتعلق به غرض كهبوب الرياح وزول الأمطار فإنه لا يصح وتصح الكفالة .

ومن هذا يرى أن مذهب الزيدية كذهب الحنفية على المختار عندهم من عدم تأثير الشرط الفاسد في الكفالة .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى أن ما يشترط في العقود قد يكون شرطاً يقتضيه العقد ويستوجه شرط أم لم يشترط وهذا اشتراطه كعدم اشتراطه . وقد لا يكون كذلك وهذا الأخير نوعان - أحدهما مالا ينافي العقد ولا يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته ، وثانيها ما نافي مقتضى العقد أو أدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته والنوع الأول من هذين النوعين هو الشرط الصحيح عندهم وهو من أنواع الصحيح أيضاً عند الحنفية والنوع الثاني هو الشرط الفاسد . والأول اشتراطه صحيح والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن

والإفسخ العقد بطلب من له المصلحة في فسخه لأن فيه مصلحة مشترطة غير محظورة تم العقد عليها فإذا فأت وجب فسخ العقد لزوال الرضا به وذلك كان بشرط الكفيل على الدائن عدم تنازله عما رهنه المدين عنده أو يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين غاب المدين أو حضر وليس يختلف هذا عن رأى الحنفية فهما شرطان صحيحان عندهم .

والثاني شرط فاسد فإن كان اشتراطه مؤديا إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان العقد باطلا ولم يكن للعاقدين خيار في إبطاله لأنه شرط أريد به حل ما حرمه الله كأن يشترط في البيع أن يدفع ثمن المبيع من غلاته في مدة معلومة محددة، وكاشتراط المرتهن على الراهن أن ينتفع بالرهن مادام تحت يده ، وكان يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين وإن لم يثبت على المدين ، أما إذا لم يؤيد إلى ذلك ، وإنما كان منافيا لما يقتضيه العقد كأن يتسبب عنه منع أحد العاقدين مما يملكه بالعقد المشترط فيه مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أبداً أو إذا أراد بيعه باعه بنفسه ما اشتراه به لا أكثر من ذلك ، وأن يشترط الكفيل على الدائن ألا ينفذ عليه في أمواله فإن اشتراطه يوجب فساد العقد المشترط فيه ما تمسك به مشترطه فإن تنازل عنه وتركه صح العقد ونفذ ، ومن ذلك يرى أن حكم العقد مع اشتراط شرط فاسد فيه غير حكمه عند الحنفية .

وفي هذا الموضوع تفصيل طويل وبيان مسهب ذكره الخطاب في كتابه الالتزامات فارجع إليه ان شئت لأننا ما أردنا إلا بيانا اجماليا تؤسس عليه أحكام اقتران الكفالة بالشرط .

وجملة القول أن المالكية يرون أن اقتران الكفالة بشرط يؤدي إلى الإخلال

بشرط من شروط صحتها مبطل لها وأن اقترانها بشرط يتناقى مع ما يقتضيه عقدها مبطل لها ما تمسك صاحبه به ، وعلى ذلك قالوا إذا كفل دينه نظير عوض مالى مقدر فالكفالة باطلة كما تقدم لأنه شرط يتناقى مقتضاها وهي أنها تبرع وعمل خير لا يصح الاعتياض عنه ، وكذلك قالوا إذا كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول له بدينه قبل شخص آخر بطلت الكفالة لما فى هذا الشرط من معنى المعاوضة الذى يتناقى مع مقتضاها والكفالة فى هذه الحال باطلة إذا تمسك السكفيل بهذا الشرط . — أما إذا تنازل عنه وتركه فانها تصير صحيحة . — وكذلك إذا كفل له بما يدينه من دين قبل فلان وإن لم يكن ثابتا فانها تبطل لاقترانها بشرط يخل بشرط من شروط صحتها وهو ثبوت الدين المكفول به ولا تصح بالتنازل عن هذا الشرط كما تقدم .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أن الشروط التى تشترط فى العقود قسماً — شروط صحيحة وشروط غير صحيحة . ذلك لأن ما يشترط فى العقود إما أن يكون فى اشتراطه غرض فى العادة والعرف وإما ألا يكون فى اشتراطه غرض فإن لم يكن فى اشتراطه غرض فى العادة والعرف كان شرطاً لاغياً وكان اشتراطه لعباً ولهواً ، وعندئذ لا يلزم ولا يؤثر فى العقد وكأنه لم يشترط وهذا محل اتفاق عند الجمهور منهم ، وليس يظن أن يكون هذا محل خلاف بين الجمهور من غيرهم . وإن كان فى اشتراطه غرض عادة وعرفاً ، فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صحيح ولزم وهذا هو الشرط الصحيح عندهم وهو شرط لازم سواء أرتب عليه منفعة لأحد العاقدين أم منفعة لهم جميعاً ، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان وصف أحد الموضين فى عقود المعاوضة وما يذكر لبيان ما أعطى للمتبرع له فى عقود التبرع . وإن لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه

كان شرطاً فاسداً مفسداً للعقد . ويدخل في ذلك ما نهى عنه الشارع من الشروط ، فإن النهى عنها يدل على أن لا مصلحة للعقد في اشتراطها بل في اشتراطها المضرة .

غير أن الشافعية لم يعنوا ببيان مرادهم من « مصلحة العقد » ، في حين أنها كلمة مرنة لا تخلو من إبهام يحول دون تحديد المعنى المراد . وقد ذهب في بيانها الشافعية مذاهب شتى لا ينضبط معها نظام ما يصح اشتراطه ويمعد شرطاً صحيحاً ، وما لا يصح اشتراطه وبعد شرطاً فاسداً . كما ذهب الشيخ زكريا الانصارى في بيان ذلك مذهباً أراه لا يقنى ، فقد رأى أن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدین بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه وبعد شرطاً فاسداً يفسد العقد باشتراطه فيه . أما إذا لم يؤدي إلى ذلك كان من مصلحة العقد اشتراطه وكان شرطاً صحيحاً ، ولعله يريد بالصلة التي يفسد بها العقد الصلة التي لا تكون محددة تحديداً يمنع الخلاف والنزاع . أما المحددة على وضع يحول دون حدوث أى خلاف أو نزاع فلا يترتب عليها فساد الشرط المستوجب لها وذلك كاشتراط التأجيل في البدل إلى أجل مسمى معين (١) وليس ينسب مع هذا الإبهام الموازنة الدقيقة بين مذهبهم ومذهب غيرهم .

وعلى ذلك فالشافعية يرون أن اقتران الكفالة بالشرط الصحيح جائز وعندئذ تصح الكفالة ويلزم الشرط ، كما إذا كفّل شخص لآخر دينه قبل مدينه فلان على ألا يطالب بهذا الدين قبل شهر من الآن ، أو على ألا يطالب بذلك الدين إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به .

واقترانها بالشرط الفاسد يطلها وعلى ذلك لو كفل شخص لفلان دينه قبل فلان على أن يكون فلان هذا بريئاً من هذا الدين المكفول به أو على أن يكون فلان الكفيل بهذا الدين بريئاً منه أو على ألا يطالب به الاصيل فالكفالة باطلة لا قترانها بشرط يخالف مقتضاها وكذلك لو قال شخص لآخر كفلت لك دينك قبل فلان وكل دين تدعيه قبله وإن لم يكن ثابتاً ، فالكفالة الثانية باطلة لا قترانها بشرط يخالف شرطاً من شروطها وهو أن تكون الكفالة بدين ثابت ، وكذلك لو كفل بدينه قبل فلان على أن يعطى عوضاً عن هذه الكفالة لم تصح كذلك لا قترانها بشرط فاسد ، وهكذا كل كفالة اقترنت بشرط فاسد .

مذهب الحنابلة :

ويذهب الحنابلة إلى قسمة الشرط قسمين أيضاً : شرط صحيح - وشرط غير صحيح . والصحيح عندهم كل ما كان في اشتراطه مصلحة للعقد مما لا ينافي مقتضاه ولم يرد فيه عن الشارع حظر ، ولكهم يتوسعون في معنى المصلحة حتى أنهم ليرون كل شرط يشترط في العقد شرط صحيح إلا في الأحوال الآتية :

(١) أن يكون الشرط مستوجباً لإنشاء عقد آخر وذلك انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وهذا النوع من الشروط شرط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به - وهم يتفقون في هذا مع الحنفية .

(٢) أن يكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد الشرعي كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو لا يقفه ، وهذا النوع من الشروط يفسد شرطاً فاسداً لا يفسد به العقد فيصح العقد معه ويلغو الشرط لأنه يعتبر رفعاً للعقد الذي رضيه العاقدان فيكون لغوا ، وهم في هذا يتفقون مع الحنفية إذا

كان العقد ليس عقد معاوضة — أما عقد المعاوضة فإن هذا النوع من الشروط يفسد به عندهم .

(٣) أن يجمع في عقد بين شرطين وذلك لما رواه عبد الله بن عمر — لا يحمل شرطان في بيع . وغير البيع مقيس عليه ، وقد اختلفت الخنابلة في المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين كما هو ظاهر الحديث ، وآخرون إلى أن المراد بهما الفاسدان — وذكر البغوى أن المراد به أن يقول البائع بعتك هذه السلعة بألف نقداً وبالفين نسيئة ، وقد روى عن أحمد أن اشتراط شرطين صحيحين في العقد صحيح (١) .

وأن هذا الحديث لا أصل له في كتب السنة وذهب ابن تيمية وابن القيم من الخنابلة إلى أن كل شرط صحيح ما لم يكن شرطاً محظوراً انتهى عنه الشارع أو حل حراماً أو حرم حللاً ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٣ وما بعدها والواقع أن هذا الموضوع موضوع نظر أو اشكال ، كما يظهر ذلك من خلافهم في المراد بالشرطين (٢) .

وعلى ذلك فالشرط غير الصحيح عندهم ما كان مستوجبا لإنشاء عقد آخر أو ما كان منافيا لما يقتضيه العقد أو ما شرط مع غيره من الشروط . واقتران الكفالة بالشرط الفاسد يفسد لها عندهم إذا ما اقتضى لإنشاء عقد آخر فإذا قال شخص كفلت دينك قبل فلان على أن تبرى فلانا ، الكفيل به من الكفالة لم تصح الكفالة ، وكذا لو قال له على أن تبرئني من كفالتى

(١) راجع نيل الادبار ج ٥ ص ١٥٢

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء ٣ ص ٢٢٦

لك بدينك قبل زيد ، فلان آخر ، لم تصح الكفالة لأن ذلك شرط بفسخ عقد في عقد آخر فلم يصح كإلبيع بشرط فسخ يسع آخر ، وكذلك تفسد الكفالة إذا شرط الكفيل في عقدها أن يضمن هذا الدين فلان أيضا على أن يضمن دينه قبل فلان آخر أو نفس المكفول عنه ، أو على أن يؤجره منزله أو على أن يبيعه أرضه الفلانية ، ففي كل هذه الصور لا تصح الكفالة لاشتراط عوض فيها فكان كييعتين في بيعه وذلك منهي عنه .

مذهب الشيعة الجعفرية :

ذهب بعضهم إلى أن الكفالة تبطل إذا اقترنت بالشرط الفاسد ، ومثلوا لذلك بأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك دينك قبل فلان بشرط أن تبرئ د فلانا ، شخصا آخر ، من كفالة هذا الدين ، وذهب آخرون إلى صحتها مع اقترانها بأى شرط وفرعوا على ذلك صحة الكفالة في المثال السابق وحينئذ لا يكون كفيلا مطالبا إلا إذا أبرأ الكفيل الأول وكذا تصح إذا قال له ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئني من كفالتى بدين فلان أو على أن تكون ضامنا لدينى قبل فلان أو على أن يضمن المضمون دينى قبل فلان ، أو على أن يبيعنى كذا أو على أن تؤجرنى كذا فتصح الكفالة على هذا الشرط ، ولا يطالب الضامن إلا عند تحقق الشرط (١) .

حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشروط في القانون :

تصح الكفالة مؤقتة ومضافة ومعلقة في التشريع الوضعى مادام ذلك غير مخالف للنظام العام فإذا خالف النظام العام لغا التوقيت كما لا يكون للشرط وجود معتبر فيستمر الالتزام إذا كان فاسخا على الرغم من وجوده كما لا يترتب

على وجوده تحقق الالتزام إذا كان واقفاً - وقسمة الشرط هذه القسمة في هذا التشريع اصطلاح مخالف اصطلاح فقهاء الشريعة فهو في التشريع الوضعي ينقسم قسمين - شرط واقف ، وشرط فاسخ ويجعلون الالتزام التزاماً معلقاً على شرط إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وإن لم يكن ذلك الترتيب مفهوماً من الدلالة الوضعية الصريحة للعبارة التي ينشأ بها الالتزام - فإذا كان مقتضى هذه العبارة أن وجوده متوقف على وجود شرط معين بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا لم يتحقق لم يوجد ، فهذا الشرط يعتبر شرطاً واقفاً ، وإذا كان مقتضاها أن زوال هذا الالتزام هو المتوقف على الشرط فإذا وجد زال وإذا لم يوجد استمر - فهذا الشرط يسمى شرطاً فاسخاً ، وبناء على ذلك فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على وجوده وجود الالتزام ، فإن لم يتحقق لم يوجد هذا الالتزام مثل أن يعلق الوصى وصيته لابنه على أن يتزوج ، فالزواج في هذه الحالة شرط واقف - ومثل أن يعلق الشخص كفالته بدين فلان قبل فلان على أن يهبه سيارة معينة له فالحبة من الدائن للكفيل شرط واقف إذا تحققت تحققت الكفالة ، وإذا لم تتحقق الحبة لم توجد الكفالة .

والشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على وجوده وتحققه زوال الالتزام فإذا لم يتحقق استمر الالتزام ، وذلك ، مثل أن يكفل شخص لشخص دينه قبل آخر على أن يكون بريئاً من الكفالة إذا ما تزوج المدين ابنة المكفول له ، والدائن ، فزواج المكفول عنه بآبنة الدائن ، المكفول له ، شرط فاسخ ، فإذا كان تحقق انقضت الكفالة وانتهت .

ومن هذا يرى أن أحوال التعليق للكفالة بحسب الاصطلاح الفقهي الاسلامي هو من أحوال الشرط الواقف ، بحسب الاصطلاح الفقهي

الوضعي ، وأحوال التوقيت تعد من أحوال الأجل الفاسخ وذلك لزوال الالتزام بانتهاء الوقت فكان انتهاء الوقته فاسخا ومنها للالتزام .

أما أحوال الإضافة فهي من أحوال التأجيل الواقع عندهم أما أحوال الاقتران بالشرط فهي في اصطلاحهم أحوال تعم أحوال التوقيت والتعليق والإضافة وهي في حكمها على العموم تخضع لقاعدة عدم المخالفة للنظام العام ولذا كان الحكم فيها هو الصحة ما لم تخالف النظام وإلا بطلت ما تضمنته من الشروط على ما يثناه آنفا في أحوال التعليق والإضافة أما في غيرها من أحوال الاقتران بالشرط فإن الشرط يبطل أيضا فإن كان من مقتضاه وجود الالتزام عند وجود الشرط لم يحدث الالتزام وإن كان من مقتضاه انتهاء الالتزام عند وجوده لم ينته الالتزام بوجوده ولم يكن لوجوده اعتبار ويلاحظ أن القانون المدني في المادة ٧٨٠ ينص على أن الكفالة إذا اقترنت بما يدل على تعلّقها بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين أو بما يجعل الكفيل في مركز أشد وطأة من المدين لم تجز فلا تجوز بمبلغ أكبر ولا بشرط أشد ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون. وبناء على ذلك إذا كان الدين موجلا أو مستقبلا فلا تصح الكفالة به منجزة ذلك لأن الكفالة كما في المادة ٧٧٢ عقد يلتزم به الكفيل تنفيذ التزام المدين وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوف به المدين وذلك ما يقضى بأن يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول وألا يتجاوزه ولكن يجوز أن يكون أقل منه وعلى هذا لا تجوز الكفالة بدين مؤجل على أن يكون حالا على الكفيل ولكن تجوز كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا أو معلقا - والمادة ١٠١٣ عراقى تنص على أن الدين إذا كان مؤجلا على الأصيل تأجل على الكفيل وإذا تأجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل والمادة ١٠١٤ تنص على أن الدين الحال إذا كلفه كفيل كفالة مؤجلة تأجل عليه وعلى الأصيل إلا إذا

أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو شرط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فعند ذلك يقتصر على الكفيل .

وجملة القول عند فقهاء القانون هو جواز الاشتراط ما لم يكن الشرط مخالفا للنظام العام ومخالفا للأداب ، أما إذا كان الشرط مخالفا للنظام العام أو للأداب ، فإن كان شرطا واقفا فإن الالتزام لا يقوم ولا يكون له وجود ولو تحقق الشرط ، وأما إذا كان فاسخا فإن الشرط نفسه لا يمكن أن يعد له وجود . وبناء على ذلك يكون الالتزام باقيا مستمرا .

شروط الكفالة :

ذكرنا فيما سبق أن عقد الكفالة يقتضى وجود كفيل ومكفول عنه ومكفول له ومكفول به وصيغة العقد وقد تكلمنا عن الصيغة والآن نتكلم على ما عداها وذلك ببيان شروط كل من هذه الأركان .

شروط الكفيل

أهلية التبرع :

يشترط في الكفيل أن يكون أهلا للتبرع ، لأن الكفالة كما قدمنا تعد من التبرعات ، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه لانعدام أهلية التبرع عندهم ، وذهب القاضى أبو ليلى من الحنابلة إلى أن كفالة السفيه نصح ، ويتبع بعد ذلك الحجة عنه كإقراره بالدين ورد بأنها إنشاء التزام بخلاف الإقرار فانه أخبار ، وكذلك لا تنصح كفالة المكره لأن الاختبار شرط في التصرف ، ويرى المالكية أن كفالة المفلس لا تنصح لأنه لا ينفذ تبرعه وهو رأى صاحبين من الحنفية إذ يزعمون أن المحجور عليه الدين لا ينفذ

تبرعه إلا بأجازة الدائن وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة فأجازوا له أن يكفل وهو رأى الشيعة الجعفرية لأنه أهل للتصرف ، والحجر عليه في ماله لا في ذمته إلا أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لديهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه وإذن تكون النتيجة ثبوت الدين في ذمته الآن وعدم مطالبته إلا بعد أن يتملك مالا لا يتناوله الحجر عليه . وعلى ذلك فهم يرون أنه أهل لأن يلتزم في ذمته ولو كان ذلك بطريق التبرع منه .

كفالة المريض :

أما المريض مرض الموت فكفالاته في مرضه لا تتجاوز تلك تركته مع سائر تبرعاته إلا بأجازة ورثته عند الحنفية والحنابلة والمالكية ، لأن الكفالة تبرع وتبرعه في مرض موته يأخذ حكم الوصية ، فإذا كان دينه مستغرقاً لأمواله فكفل أو كان غير مدين فكفل لو ارث أو عن وارث له فإن كفالاته تكون متوقفة على الإجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز تلك تركته وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض من رأس ماله ، إلا إذا ضمن وهو معسر واستمر اعساره إلى وقت وفاته (١) أو ضمن ضماناً لا يستوجب رجوعاً على الأصل بأن ضمن بغير أمر المدين فيكون حينئذ تبرعاً يتقيد بثلك المال لأن تصرفه حال مرض الموت له حكم الوصية إذا كان من قبيل التبرع ، ولكن إذا استغرق الدين مال المريض ، وقضى به بظل ضمانه لأن الدين مقدم على الضمان (٢) .

(١) أما لو أسر وأمكن أخذ المال منه فانه يبين أن ضمانه كان من رأس ماله .

(٢) يراجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، والتي ج٥ ص ٧٩ ، ٧٢ وابن عابدين ج٤ ص ٢١٩ وما بعدها .

كفالة السكران :

ويصح ضمان السكران للاعتداد بعبارته في التصرفات إذا كان سكره
محرم ، ولا يصح إذا كان سكره بغير محرم .
ومن المالكية من رأى عدم صحة ضمانه مطلقاً .

ضمان الزوجة :

وكذلك يصح ضمان الزوجة بدون إذن زوجها . وذهب المالكية إلى أن
ضمان الزوجة نافذ في حدود ثلث مالها بدون إذن زوجها أما إذا زاد على الثلث
فيصح ولكن لا يلزم إلا بأجازة الزوج وللزوج رد الجميع حيثنذ إلا أن يزيد
يسيراً كالدينار وما قل مما يعلم أنها لم تقصد به أضراراً فتمضى الكفالة حيثنذ
وله هذا الحق وإن كانت الكفالة عنه (١) .

ملادة الكفيل :

واشترط الشيعة الجعفرية زيادة على اشتراط أهلية التبرع ملادة الكفيل
وقت الضمان فإن لم يكن مليئاً ، اكتفى بعلم المكفول له بأعساره ، فلو ضمن
معسر ديناً ولم يعلم الدائن بأعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه
على الأصيل ولا يشترط استمرار البسار الى وقت الوفاء ومرد ذلك أن
الضمان عندهم ينتقل به الدين الى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل .

وهل يشترط في الفسخ أن يكون فور علمه بأعساره ، أو لا يشترط الفورية ؟
في ذلك اشكال (٢) .

(٢) دردير ودسوق ج ٣ ص ٣٣١ والمهرس ج ٦ ص ٢٦ .

(٢) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٠ .

معرفة المكفول عنه والمكفول له والمكفول به :

لا يشترط معرفة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له عند جمهور الحنابلة ، فقد ضمن كل من على رضى الله عنه وأبى قتادة من لم يعرفاه ، وهو الميت الذى جىء به ليصلى عليه الرسول لصاحب الدين عليه دون أن يعرفاه أيضاً وقبل النبي منهما ذلك .

أقول والاستناد الى هذين الاثرين يدل على أنه عند جمل الضامن بهما يجب أن يكون ذلك على وضع يؤدي إلى معرفتهما وتعيين الدين المضمون والا فكيف تم الكفالة بعبارة الضامن وتعيين الدين المضمون .

وقال القاضي أبو بعلى من الحنابلة يجب معرفتها جميعاً . ووجه ظاهر وذكر وجهاً آخر هو أنه يجب معرفة الضامن للمضمون له حتى يستطيع أن يؤدي اليه الدين ولا تشترط معرفة المضمون عنه لعدم اشتراط رضاه ولا معاملة معه .

وعند الشافعية الأصح أنه يشترط أن يعرف الضامن المكفول له لتفاوت الناس فى المطالبة حتى ينتفى الضرر ويستطيع ابراء ذمته بأداء الدين اليه ولا يشترط معرفته المكفول عنه لأن الكفالة معروف وقد يصنع المعروف مع غير أهله ، ومقابله اشتراط معرفته أيضاً ليعلم يساره وقدرته على الوفاء (١) .

(١) ويظهر لى أن اشتراط المعرفة يمتنع به أن يكون الإيجاب بالكفالة متضمناً ما به يعرف المكفول به والمكفول من اسم أو لقب أو نحو ذلك حتى يكون للشرط مظهر خارجى يمتنع عليه القضاء وفي شرح الدر المختار أن تعيين مقادير الدين إلى المكفول له لا إلى الكفيل لأنه صاحب الدين وهذا مخالف لما فى إسهات الكتب فلما أن يكون سهواً أو قولاً غير مشهور وإلا وجه أن التخصيص يجب أن يكون إلى المقترن بالدين لأنه هو الذى سسببهم الدين وقد يكون من وراء ذلك رجوعه على المكفول عنه إذا ما كانت الكفالة بالأمر فوجب أن يختار ما هو أسهل وأيسر وفاء وعلى ذلك إذا قال الكفيل لشخص أنا كفيل لله بمالك من ديون على الناس هل تصح هذه الكفالة ويطلب الكفيل بكل دين له على أهل ناسن بناء على أن هذه

وعند أبي حنيفة ومحمد لا بد من قبول المكفول له الكفالة كما تقدم وعلى ذلك ففرقة لازمة لتنشأ الكفالة عندهما أما عند أبي يوسف فالظاهر أنه يجب معرفته كذلك ليؤدي الكفيل الدين إليه وإن كان يرى أن الكفالة تتم من جانب واحد هو الكفيل ، ويؤيد هذا إطلاق الكتب اشتراط معرفة المكفول له لصحة الكفالة عند الحنفية .

أما المكفول عنه ففرقة شرط أيضاً عند الحنفية إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر ما بايعت أحداً من الناس أو ما أقرضت أحداً من الناس فأنا كفيل أو أنا كفيل لك بعد شهر بما ستبيع به هذه الدار لأي شخص ، أو قال له كفلت لك بما بايعت أحداً من الناس - إذ أنها في هذا المثال أيضاً مضافة إلى وقت المباشرة - فإن الكفالة في هذا وأمثاله غير صحيحة لجهالة المكفول عنه حال الإضافة وحال التعليق ، أما في حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة ومثلوا ذلك بقولهم أن يقول الكفيل لشخص كفلت لك بما لك على فلان أو فلان فإذا قال له ذلك صحت الكفالة . وكان إليه تعيين المكفول عنه منهما لأنه الملتزم بالدين كما في الهداية وكما في الحاكم ، أما جهالة المكفول به فلا تمنع من صحة الكفالة مطلقاً - راجع الفتح ج ٥ ص ٤٠٤ ، وفيه إذا قال الكفيل ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة

== كفالة منجزة وعدم معرفة المكفول عنه فيها لا ينع من صحتها؟ الظاهر من إطلاق العبارة أنها كفالة صحيحة لأنها كفالة منجزة لا يعترض في صحتها معرفة المكفول عنه وهي مجرد التزام من الكفيل بكل دين للمكفول له ولا ينع من معرفة المكفول عنه إذا لا يعترض رضاه ولا قبوله وليس له حق الرجوع عليه وإنه فليس على المكفول له إلا أن يمين دونه لا يقبل فيلتزم بها .

المكفول عنه. وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتمحل (١).

شروط المكفول عنه :

قد يكون المكفول عنه وهو المضمون مديناً عند الإيجاب بالكفالة وقد يكون غير مدين في ذلك الوقت كما في الكفالة بالدين الموعود به وكما في الكفالة المعلقة على سبب وجوب الدين ، وسيأتى الكلام على ذلك ، وعلى أية حال فالشرط في المكفول عنه عند أبي حنيفة أن يكون قادراً على الوفاء بالمكفول به إما بنفسه وإما بتأثبه فلا يصح « ضمان ميت » مدين توفي لا عن تركه ولا عن كفيل بالدين ، ذلك لأن الميت في هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة وليس الدين عنده إلا « الأداء » الواجب الشاغل للذمة ، وهو متعذر في هذه الحال فيسقط بالموت إذ لا تكليف بما لا يستطاع

(١) أقول — إنما لم يميز هنا لجهالة المكفول عنه فيما هو ملق لأن « ما » شرطية بدليل اقتران الحزاء بالداء وجهالة المكفولة عنه في الكفالة المعلقة مائة من صحتها ولكن قد يقال إن « ما » هنا موصولة ووجود الداء لما فيها من العموم وعلى ذلك يكون هذا الفرع دليلاً على أن جهالة المكفول عنه على هذا الوضع مائة من صفة الكفالة وهو وجبه في نظري لقبح الجهالة (راجع كذلك الدر وابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٧) . غير أنه قد جاء في الدر — قال رجل لأخيه أسلك هذا الطريق فإن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ منه ماله كان ضامناً في حين أن الوضع موضع تطبيق وجهالة المكفول عنه في التطبيق تمنع صفة الكفالة فكيف يضمن مع بطلان الكفالة . وقد أجب من ذلك بأن هذا استثناء من القاعدة السابقة مرجعه إلى إرادة الزجر من مثل هذا الضمان الذي يتضمن غروراً ولذا قال أبو السعود أن الضمان في هذه المسألة مرجعه إلى الضرر لا إلى صفة الكفالة والضرر يوجب الضمان وخاصة إذا كان الضمان مشروطاً ولكن قيل أن ضمان الضرر عند الشرط هو من ضمان الكفالة (راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣١٥) غير أنه إذا عدت ككفالة فهي في هذا المثال كفالة معلقة فكيف لزمت مع جهالة المكفول . وعلى الظاهر من القواعد الدالة على وجوب تجنب الضرر في المعاملات والالتزامات يقضى بأن مثل هذه الكفالة غير صحيحة لقبح الجهالة ولعل التمثيل السابق يوحى بأن الجهالة المتوفرة في الجهالة الناجمة من أن يكون المكفول أحد معضمين أو ثلاثة مثلاً .

ولماذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو المطالبة به ولا دين ولا مطالبة ، حيثئذ ولأنه بوفاته لا عين مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك سافطاً أما إذا ترك مالا فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصى على التركة أو بواسطة الخلف وهو الوارث وبقاء المطالبة به في هذه الحال إذ يطالب النائب أو الخلف بأدائه حيثئذ فصحت كفالته لذلك وكذلك إذا ترك كفيلاً بهذا الدين جاز لآخر أن يكفل به أيضاً ببقاء القدرة على الوفاء بواسطة الكفيل وبقاء المطالبة بمطالبة الكفيل، وذهب الصحابان إلى جواز الكفالة بدين المتوفى إطلاقاً ترك مالا أم لا ، ترك كفيلاً به أم لا (١) ، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية ، واحتجوا بحديث قتادة المار إذ قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء ولا كفيلاً وبحديث علي رضي الله عنه أيضاً فقد روى أبو سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قبل كفالة علي في مثل هذه الحادثة ، ويؤيد ذلك أيضاً صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالا - وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك إبراءه حيثئذ كما احتجوا أيضاً بأن الموت ليس سبباً لسقوط دين لغير الميت إذ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو انقضاء سببه ولم يحدث شيء من ذلك ولذا لا تنتهي كفالته بالموت إذا حدث قبله ، هذا وإذا جاز أن يجاب عن ذلك بأن صحة الإبراء والأداء إنما أريد بها تخليصه من لائم الماطلة في قضاء الدين والتقصير في أدائه لا قضاء الدين على الحقيقة على ما في ذلك من بعد فإن ذلك لا يقتضي عدم العمل بالحديث وادعاء أن الكفالة في الحديث كانت سابقة على الوفاة وأن الحديث عنها فيه كان إخباراً لا إنشاء لها ادعاء بعيد ولا دليل عليه . ولا يشترط رضا المكفول عنه بكفالة دينه بل تصح مع

مكرهته لذلك ويقول ابن قدامة أنه لا يعلم في ذلك خلافاً ووجهه أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين على غيره من غير إذنه ومن غير رضاه فقبل الدائن ذلك صح ، فدل ذلك على أن صحة ضمانه من غير رضاه أولى .

وكذلك يشترط عند الحنفية في المكفول عنه أن يكون معلوماً للكفيل

إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة لا إن كانت منجزة كما تقدم ، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر كفلت مالك من الدين على الناس تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولاً ولكن في فتح القدير ما يشير بأنها في هذه الصورة غير صحيحة ولأن العرف يأبى إقضاء التزام كهذا لفحص الجهة فيه ولكن لإطلاق النصوص تخالفه ، وفي الهندية عن الذخيرة والمحيط أن اشتراط العلم بالمكفول عنه إنما هو عند إضافة الكفالة أو تعليقها إما عند تنجزها كأن يقول الكفيل كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز وتكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه منهما كما تقدم في اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه .

وجملة القول في ذلك أن علم الكفيل بالمكفول عنه محل خلاف بين الفقهاء منهم من اشترط ذلك ومن هؤلاء بعض الشيعة ومنهم من لم يشترط ذلك ومن هؤلاء جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة (١) .

قال في الفتح ج٢ ص ٤٠٤ ، والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً ، أى في كل حال ، وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه تمنعها عند التعليق والإضافة ولا تمنع صحتها عند التجيز وعلى ذلك لا تصح إذا قال ماذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو على الجهة المكفول عنه في الإضافة ولا تصح إذا قال ماذاب لأحد عليك فهو على الجهة المكفول له وإذا قال ما غضبك فلان أو سرتك فعلى جازت الكفالة لعدم جهالة المكفول له والمكفول عنه وإن جهل المكفول به .

(١) الهندية ج٢ ص ٢٥٤ والبدائع ج٦ ص ٦ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٢٢٤ والمفاتيح ج٥ ص ٢١ وتحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٣ ومنع الجليل ج٢ ص ٢٠٢ .

وُصِّحَ الكفالة بين الصبي والمجنون ولكن لا يرجع الكفيل في مالهما إذا أدى ولو كانت الكفالة يأذنها إلا في صبي مأذون له بالتجارة ، فإن أذنه بالكفالة يعتبر في الرجوع عليه .

شروط المكفول له :

يشترط فيه أن يكون معلوماً للكفيل أما عند من يجعل قبوله في مجلس العقد ركناً فذلك طبعى ومنهم الحنفية ، وأما عند من يرى أن الكفالة تتم من جانب الكفيل فلأن الكفالة قد شرعت لتوثيق الدين ولتسكون وسيلة إلى أدائه ولا يكون ذلك مع جهالة الدائن وللهذا ذهب الشافعية في الأصح عندهم من القولين وإن كان قبوله الكفالة أو رضاه بها غير واجب عندهم لصحة الكفالة على الأصح .

وجملة القول أن الفقهاء قد اختلفوا في علم الكفيل بالمكفول له منهم من جعله شرطاً في الكفيل فجعل عليه بالمكفول له شرطاً فيه ومنهم من جعله شرطاً في المكفول فالشرط أن يكون معلوماً لدى الكفيل وليس ذلك إلا خلافاً في التعبير ؟ ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بشرط محتجاً بحديث ابن قتادة وحديث علي ، المارني ، أذ قبل رسول الله ﷺ كفالتهم دون أن يعلموا من هو الدائن وليس في الحديثين ما يدل على أنها كانا عالين بالدائن وكل ما في الأمر أن رسول الله قبل كفالتهم دون توقف على قبول الدائن .

وبناء على ما ذهب إليه الحنفية من اشتراط العلم بالمكفول له إذا قال رجل لرجلين كفلت لهذا بما له على فلان من دين أولهكذا كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له ، كذا في الذخيرة ولو قال جماعة ما يعتمدونه لفلان أتم وغيركم فعلى صح ذلك في حق مخاطبين فقط ، كذا في المحيط للسرخسي . ولو قال من يابعلك من هؤلاء وأشار إلى معدودين فانا كفيل عنك بالثمن

جاز لأن المكفول له معلوم لانحصاره في هؤلاء وهي جهالة يسيرة وإليه يكون تعيين المكفول له .

وكذا يشترط في المكفول له أن يكون عاقلاً إذ لا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يميز الكفالة إذا ما وجه إليهما الإيجاب لعدم الاعتداد بعبائهما ، ولا يجوز قبول وليهما عنهما في هذه الحال لأن الإيجاب لم يوجه إليه وليس في هذا الشرط خلاف عند من يجعل القبول ركناً في الكفالة .

ويجوز قبول الصبي المميز ، والسفيه عند الحنفية لأنها تقع محض فلا تتوقف على أجازة وليهما في المال ، أما عند الشيعة وأهل الظاهر فلا يتمحض فيها النفع إذ قد تكون ذمة الكفيل الذي انتقل إليها الدين أسوأ حالاً من ذمة المدين أو يعرض لها ما لم يعرض لنعمة المدين ، فلا يكون النفع متمحضاً ولذا لا تتم بقبولهما .

شروط المكفول به :

أولاً - يشترط في المكفول به وجوبه على الاصيل على وجه يلزم معه أن يسلمه ولو مستقبلاً إلى صاحب الحق ، وهذا شرط يحتاج إلى بيان وتفصيل نذكره فيما يلي :

المكفول به قد يكون ديناً وقد يكون عيناً .

فإذا كان ديناً وجب أولاً أن يكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بأداء أو إبراء ، وألحق الحنفية بذلك دين نفقة الزوجة استحساناً فإنها لا تعد من هذه الديون عندهم ومع ذلك أجازوا الكفالة بها ، أما غيرهم فإنهم يمدونها

من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء فتجوز الكفالة بها عند وجوبها كالشافعية وعلى الجملة فقد ذهب إلى جواز الكفالة بنفقة الزوجة الخفية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية .

فالحنابلة أجازوا كفالة نفقة الزوجة ماضية أم حاضرة أم مستقبلية
لأن الماضية والحاضرة واجبة فعلا والمستقبلية مألها إلى اللزوم وقال القاضي أبو يعلى إذا ضمن نفقتها في المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزيادة عليها تسقط بالاعسار .

والحنفية أجازوا الكفالة إذا كانت حاضرة أو مستقبلية أو ماضية فرضت بالقضاء أو بالرضا استحسانا ، أما الماضية غير المفروضة فلا يجوز كفالتها
إلا بعد فرضها أما قبل فرضها فلا يصح كفالتها . وفي الحانية - لو كفل رجل بنفقة الزوجة أبدا مادامت الزوجية جاز وعليه الفتوى .

ويلاحظ أن النفقة المستقبلية يجوز الكفالة بها مع أنها لم تصر ديناً أصلاً وهذا استحسان ويلزم الكفيل حينئذ بما يفرض لها ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٠ و ص ٢٩٣ ، وفي ابن عابدين : قال لامرأة كفلت لك بالنفقة أبداً يلزمه النفقة مادامت في نكاح زوجها ولو قال لها مادمت في نكاح زوجك فنفتك على لزمته الكفالة ، فإذا مات أحدهما أو انتهى النكاح بأى سبب لاتبى الكفالة ص ٢٩٤ عن الحانية .

وإلى صحة ضمان نفقة الزوجة مطلقا ذهب الشافعي في أحد قوليه والقول الآخر لا يصح ضمانها إذا كانت مستقبلية وإنما يصح ضمان الماضية والحاضرة
لوجوبهما في الذمة وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية .

ثانياً - أن يكون المكفول به واجبا في الذمة عند الكفالة به أو ماله

إلى الوجوب ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة وهو أحد قولين عند الشافعي ولا يشترط أن يكون معلوم المقدار عند الكفيل وخالف في ذلك الشافعي فاشترط أن يكون ثابتا في الذمة عند الكفالة معلوم المقدار لدى الكفيل في قوله الجديد خلافا لقوله في القديم .

وعلى ذلك جازت الكفالة بالدين الموعود به وإن لم يكن موجودا عند الكفالة لأن ماله إلى الوجوب وذلك كأن يقول شخص لأخر أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه لياه من الدين أو يقول له أقرض فلانا وأنا كفيل بهذا الدين .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعي في القديم، والزيدية خلافا للناصرة والقاسمية منهم ، وخالف في ذلك الشافعية في الجديد والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فلم يجوزوا الكفالة بما سيكون من دين موعود به .

أما الجعل في الجملة فأجاز الشيعة الكفالة به وكذلك الحنابلة والمالكية لأنه التزام آيل إلى اللزوم والشافعية أجازوا الكفالة به بعد الفراغ من العمل لاقبله في أحد قولين لهم ، لأنه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل (١) ، وفي المبسوط من كتب الشيعة لا يصلح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب وهو قول الشافعي في الجديد .

وكذلك جازت الكفالة بالدين إذا كان مجهول المقدار عند الجميع خلافا للشافعي في مذهبه الجديد والثوري والليث بن سعد وابن أبي ليلى وابن

(١) دردير ج ٣ ص ٢٧٤ والمفتي ج ٥ ص ٧٢ والبدائع ج ٦ ص ٢٠٣ ونحوه الأحكام ج ١ ص ٧ والمنتزح ج ٤ ص ٢٦١ ، والفتح ج ٥ ص ٤٠٣ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ .

النذر وأهل الظاهر والشيعة غير أن الحساب يشترطون عند الكفالة بالمجهول أن يكون ماله إلى العلم بمقداره ، كما إذا قال شخص لآخر كفلت لك بمالك قبل فلان ولا يعلم مقدار ذلك ، أما إذا كان بخلاف ذلك فلا تصح الكفالة كأن يقول له كفلت لك ببعض مالك قبل فلان والوجه فيه ظاهر .

ووجه مذهب إليه الشافعي من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته في أحد قولي إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين ، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه ، ووجهه في عدم صحة الكفالة بالمجهول أن الكفالة التزام دين في الذمة والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع فوجب أن يكون معلوما حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء وحتى يكون التزامه مستوجبا للثقة والاطمئنان .

ووجه قول الجمهور في صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته أن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين ، وصحة الكفالة معاقبة (١) يقتضى صحتها بما سبقت في الذمة من الدين إذ المال في الحالين واحد فأما صحتها بالدين مجهولاً فلا فذلك لأنها من قبيل التبرع والتبرع لا يعيبه الجهالة كما في النذر ، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك ولذا جرى به العرف ويظهر لي من الرجوع إلى عبارة من ذهب إلى جواز الكفالة بالدين الموعود به أنهم يريدون أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو في معنى المعلقة على ثبوته كما يظهر من تمثيلهم إذ يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل بايع فلانا وأنا ضامن الثمن ، أو ما بايعت فلانا كذا فأنا كفيل بما يثبت لك في ذمته من المبيعة ، أو أقرض

(١) ذلك عند الحنفية والزيدية ورأى عند الحنابلة في صحة تعليقها — ويلاحظ أن تعليقها عند الحنفية والمالكية يكون بالمرط المأثم ولا يجوز عند المالكية والشيعة وأن الشافعية لا يرون صحتها إلا حال تنجزها وعلى ذلك لا يجتمع عليهم بما ذكر .

فلانا وأنا كفيل بالقرض أو أن أقرض فلانا كذا فأنا به كفيل ونحو ذلك من الأمثلة ولم يخرجوا عن هذا المعنى ، إلا ما جاء في كتاب منتهى الإرادات من كتب الحنابلة من أنه إذا قال شخص لآخر كفلت بما تدين به زيداً صحت الكفالة على أن ذلك قد يرى أنه بمعنى قوله أن داينته فأنا كفيل به ، فإذا أضفنا إلى ذلك أنهم يطلون الكفالة بما لم يثبت من الدين في الذمة في مثل أن يقول شخص لآخر استأجر هذه الطاحونة وما أصابك من خسارة فعلى ، أو اشتر من فلان على أن ما يصيبك من خسارة في بيع ما اشتريته فعلى فقد قالوا ، أن الكفالة في هذه الصور باطلة لأنها كفالة بدين معدوم غير موجود ولا موعود به (هندية) إذ أراعينا هذانينا أنهم لا يرون صحة الكفالة بكل دين مستقل لم يكن ثابتاً في الذمة عند إنشاء الكفالة وإنما يريدون صحتها بدين علق على سبب ثبوته حقيقة أو معنى (هندية ج ٣ ص ٢٧٢) . ومع هذا لم أجد من نبه إلى ذلك من الفقهاء رغم بحثي في كتبهم (١) .

هذا وقد أجاز القانون المدني الكفالة بالدين المستقبل إذا حدد فيها المبلغ المكفول كما أجاز الكفالة بالدين الشرطي فقرة أولى من المادة ٧٧٨ مدني ونصها :

(تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي) .

(١) هل يمكن أن يقال أن الكفالة بالدين الموعود به هي في كل الأحوال في معنى المعلقة على ثبوته وفي التطبيق على الثبوت يوجد الدبب عنده ، فتكون كفالة بدين ثابت أما الكفالة بما لا وعد فيه من الديون كأن يقول الكفيل أنا كفيل بما سيكون لك في ذمة فلان دون سبق وعد فغير صحيحة — ولكن مع ذلك قد يرى أن في ذلك وأمثاله معنى للتطبيق إذ المعنى إذا وجد لك دين في ذمة فلان فأنا كفيل به .

ومثال الكفالة بالدين المستقبل أن يتقدم شخص بكفالة شخص فتح له بنك مصر مثلاً اعتماداً فيكفله للبنك فيما يقرضه قبل أن يشرع فعلاً في الاقتراض من هذا الاعتماد أو أن يكفل شخص زوجته لحل تجارى في ثمن ما مستثريه زوجته منه من بضائع ، ففي هذه الاحوال يشترط أن يكون المكفول به في حدود الاعتماد الذى فتحه بنك مصر للمكفول عنه حتى لا يتجاوزته التزام الكفيل وأن يحدد ثمن ما مستثريه الزوجة من البضائع حتى لا يستغل المدين هذه الكفالة فيهرق الكفيل بما لم يكن يظن أن سيصل التزامه إليه ، وفي ذلك من الضرر ما يخفى ، وكذلك أجاز القانون الكفالة بالدين الشرطى ومثاله أن يقول شخص لآخر إذا أقرضت فلاناً ألف جنيه فأنا كفيل بها ، أو إذا بعت فلان منزلك بأربعة آلاف جنيه فأنا كفيل بها ، ولا شك أن هذه كفالة بدين مستقبل - والمفهوم أن الدين الشرطى دين مستقل وعلى ذلك فلا بد من تحديده بناء على الفقرة الأولى من المادة .

والقانون على هذا لم يخرج عما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما شرحناه قبل إلا في اشتراطه تحديد الدين وقد ذهب في ذلك مذهباً حسناً بعداً عن الجهالة والغرر .

وما يدل على أنها تصح بالدين المجهول أنها تصح مع التعليق بالغرور والخطر كما في الكفالة بالدرك وهى جائزة عند المالكية ، وجهالة الدين المكفول به دون ذلك خطراً لأنه فى الواقع معين بل قد أقرها الكتاب العزيز فى قوله تعالى : ولن جاء به حميل بغير وأنا به زعيم ، وحمل البعير مجهول المقدار إذ يختلف باختلاف البعير وقوته - وقد ورد على هذا بأن حمل البعير قد يكون وزناً معروفاً . أو كيلاً معهوداً عندهم : وإذا صحت الكفالة بالمجهول كان الخيار للضامن فى تعيينه إذا لم يكن مقدراً فى واقع الأمر كما فى الكفالة ببعض دين فلان فيلزم بالبيان ، وبناء على

ما ذكر تصح الكفالة بالدينون على اختلاف أسبابها كمنن البيع والقرض والمهر والجمل في الجملة ، وقيم المتلفات وأرش الجنابة وقيمة المغصوب ودين السلم على رأى خلافاً لمن ذهب إلى عدم صحة كفالاته للنهي عن أن يستبدل به شيء قبل قبضة ، وما يدرك المبيع من استحقاق وغير ذلك من الدينون الثابتة أو التي سنثبت .

ثالثاً - ذكر الحنفية زيادة على ما تقدم ألا يكون الدين المكفول به مستحقاً بعضه للكفيل وألا يكون له حق طلب أدائه وبنوا على ذلك عدم صحة الكفالة إذا ما كفل الوكيل بالبيع لموكله المشتري بشئ ما باعه ذلك لأن الكفالة التزام بالمطالبة وبكفالاته بالثمن صار ملتزماً ومطالباً به بمقتضى هذه الكفالة في حين أنه بمقتضى وكالته في البيع له حق اقتضاء الثمن من المشتري ومطالبته به ولهذا لا يجوز أن يكفله لأنه حينئذ يكفله لنفسه ولا فائدة في ذلك لأنه لا يتصور منه مطالبه لنفسه بمقتضى كفالاته وإلى ذلك فإن الثمن إذا صار إلى يد الوكيل كان أمانة بحكم وكالته ولو صح ضمانه لصار مضموناً بحكم الضمان وهذا غير جائز لأن في ذلك جمعاً بين وصفين متنافيين هما الأمانة والضمان .

وجاء في ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٢ ما ملخصه :

إن الكفالة كما تكون بالمال قد تكون كذلك بتسليم المال وتقاضيه دون أن تكون بالتزامه وذلك ظاهر فيما جاء في البحر عن التارخانية وهو : لشخص مال على رجل فقال آخر للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقضيه وأقبضه وأدفعه إليك فقد قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه ولو من ماله ، إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه إذا قبضه وعلى هذا عرف الناس - ومن ذلك ما لو غصب شخص من مال رجل ألف دينار فقاتله المغصوب منه ليأخذها ، فقال له آخر لا تقاتله وأنا ضامن لك أخذها منه وأدفعها إليك لزمه

ذلك - ولو استهلك الغاصب الألف وصارت ديناً كان عليه ضمان التقاضى منه فقط . فمثل هذا ليس كفالة بالدين نفسه ولكن بتقاضيه ثم بتسليمه ، وهذا علم أن الكفالة بالدين نوعان - كفالة بنفس الدين وكفالة بتقاضيه والكفالة بالتقاضى كالكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فى الاعيان . أقول - وعلى ذلك فالفرق بين هذا النوع من الكفالة والوكالة بالتقاضى هو لزوم الكفالة وعدم لزوم الوكالة وإلجبار الكفيل وعدم إلجبار الوكيل .

كفالة الاعيان :

وإذا كان المكفول به عيناً فقد تكون العين من الاعيان المضمونة بنفسها ، كالأعيان المنصوبة والمبيع بيعاً فاسداً والمهر فى يد الزوج ويدل الخلع والمقبوض على رسوم الشراء ، وقد تكون من الاعيان المضمونة بغيرها كالبيع فى يد البائع فإنه مضمون بالثمن والرهن فى يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضموناً بقدر قيمته من الدين وقد تكون أمانة غير مضمونة كالوديعة والعارية .

ويرى الحنفية صحة ضمان النوع الأول والارتهان به ويترتب على ضمانه إلزام الكفيل بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك أزم ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

أما النوع الثانى فيجوز ضمان تسليمه فقط وإن تكون الكفالة فى هذه الحال كفالة بفعل هو التسليم فيلزم بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشئ كما فى الكفالة بالنفس عند موت المكفول بإحضاره - ووجه سقوط الكفالة بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به ، فالمبيع مضمون بالثمن ، فإذا هلك فى يد البائع سقط الثمن عن المشتري ، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الرهن

في حدود قيمة الرهن فلا محل لإذن لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للكفول عنه .

والنوع الثالث وهو ما يعد أمانة في يد حائزه قسبان .

قسم واجب تسليمه على صاحب اليد على معنى أن عليه أن يسمى إلى تسليمه إلى مالكة وذلك كالعارية في يد المستعير والعين المستأجرة في يد المستأجر (١) وهذا القسم تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد فإذا هلك لم يلزم الكفيل بشيء أيضاً لأنه يهلك بجائاً لكونه أمانة .

وقسم لا يجب على صاحب اليد أن يسمى إلى تسليمه بل على المالك أن يسمى إلى ذلك . وهذا القسم لا تجوز الكفالة بتسليمه كما لا تجوز بقيمته إذ ليس شيء منهما مضموناً أو واجباً على صاحب اليد ، ولا كفالة إلا بما هو واجب . ومن هذا القسم الودائع وأموال المضاربة والشركات .

وذهب الزيدية إلى جواز الكفالة بتسليم العين المضمونة ، فإذا كفّل كفيل بعين مضمونة كالغصوب والعارية المشروط على المستعير ضمانها وكذلك الشيء المستأجر المشروط على المستأجر ضمانه كان ملزماً بتسليمها عند وجوب ذلك التسليم ولا يلزم بأداء قيمتها عند هلاكها إلا أن يشترط ذلك في الكفالة عند تعذر تسليم عينها — أما إذا كانت أمانة فلا يصح ضمانها عند الزيدية إجماعاً (٢) . وإلى هذا ذهب الحنابلة والشيعة الجعفرية غير أنهم يرون إلزام الكفيل عند كفالاته الأعيان المضمونة أن يسلمها ما كانت قائمة ، فإذا هلكت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية وبقيمتها إن كانت قيمة وإن لم

(١) الذئب ج ٥ ص ٢٩٠ والمندبة ج ٣ ص ٢٥٤ .

(٢) المنتزع ج ٢ ص ٢٦٢ و ٢٦٩ . تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٠ وما بعدهما من كتاب الغصب .

يشترط ذلك الشرط في الكفالة كما هو مذهب الحنفية أما غير المضمون من الأعيان فلا تصح الكفالة به .

وذهب المالكية إلى أن الكفالة بالمال إنما تكون في دين لازم فلا تصح في معين أى في عين من الأعيان كما إذا ضمن مبيعاً معيناً على أنه إذا استحق لزمه عنه وكذلك لا يصح ضمان الدائع والعاريات ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة ذلك — ولا تجوز في الحدود والتعازير ولا في قصاص لأن فائدة الجمالة أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذر أخذ الحق منه وهذا المعنى متعذر في الحدود لأن استيفائها من الضامن لا يجوز وإلى هذا ذهب الحنفية أيضاً : ولكن إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو بتقصير التزم بدفع قيمته أو مثله صح الضمان ولزم لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين ، ويجوز تعليق الكفالة وغاية ما فيها جهالة المكفول عنه ولا يضير ذلك عديم خلافاً للحنفية ، إذ أن ذلك لا يجوز إلا عند تنجيزها لا عند تعليقها كما تقدم . وعلى هذا إذا ضمن عين المقتبض لم يصح ولكن إذا ضمنه على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان ، ونتيجة ذلك أن المالكية لا يرون ضمان الأعيان على معنى تسليمها بذاتها ، وإلى هذا ذهب الشافعية والناصر من الزيدية (١) وللشافعية قول آخر بجواز كفالة الأعيان المضمونة ذكره ابن قدامة في المغنى ، وفي المذهب للشيروازي ج ١ ص ٣٤٦ ضمان الأعيان المضمونة كاللغصوب والعارية والبيع قبل قبضه في جوازه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن أحدهما الصحة وعليه إذا

(١) راجع الدررير والدسوقي ج ٣ ص ٣٣٤ ومنع الجليل ج ٣ ص ٢٤٩ والخرشي ج ٥ ص ٢٨ والمذاق ج ٥ ص ٩٨ والمطاب ج ٥ ص ٩٨ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤١ وحاشية الصاوي ج ٢ ص ١٣٨ .

هلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما على الضامن ضمانها والثاني ليس عليه ضمانها وتنتهى الكفالة .

كفالة الأعمال :

جوز المالكية أيضاً ضمان الأعمال الملزم بها في النعمة كعمل المساق وعمل الأجير إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه ومثله حمل دابة غير معينة أما إذا اشترط على الأجير أن يعمل بنفسه أو اشترط حمل دابة معينة فلا يصح الضمان لاستحالة اسقياء ذلك من الضامن وإلى هذا ذهب الحنفية وكذلك جوز الشافعية الكفالة بالعمل الملزم في النعمة بالإجارة أو بالمساقاة نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٤ .

ضمان الدرك :

ويجوز عند الشافعية أيضاً ضمان الدرك وهو ضمان الثمن للمشتري إذا ما قبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة أو رده المشتري بعيب كان على الضامن ضمان الثمن للمشتري — وضمان المبيع للبائع إذا ما تسلمه المشتري ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستحقاً أو معيباً ويسمى هذا الضمان بضمان المهدة أيضاً ، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما بقي المضمون منهما وتيسير رده وإلا كان متعلقاً بيد لهما وهو المثل أو القيمة على حسب اختلاف المضمون . ونتيجة ذلك أن ضمان المهدة يمد من ضمان العين عند بقاء المضمون ويمد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده وقد جوز لميسر الحاجة إليه ، وظاهر أنه لا يمد من قبيل ضمان ما لم يجب مطلقاً لظهور وجوب رد المضمون وجوباً مستنداً إلى الماضي عند وجود السبب نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ .

بيان حكم الكفالة بالالتزام الباطل :

ظهر لنا عما سبق أن الكفالة لا تصح إلا بما هو واجب في الذمة وعلى هذا لا تصح كفالة المجنون ولا الصبي الذي لا يميز في ثمن ما يشتريه لأن تصرفه باطل لا يترتب عليه شغل ذمته ، ولكن تصح كفالته فيما يتلفه من أموال غيره إذا لم يسلط عليها لأن أفعاله مضمونة فإذا أنلف مالا وجب عليه ضمان مثله أو قيمته وكذلك لا تصح كفالة ما يتلفه الحيوانات من الأموال إذا لم يترتب على ذلك تضمين مالكيها لأن أعمالها حيثئذ جبار ، فقد روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى عليه وسلم قال - العجماء جرحها جبار فلا يترتب عليها ثبوت دين .

أما كفالة الصبي المميز فيما يشتريه أو كفالة المحجور عليه للسفه في ذلك فعند من يرى من الفقهاء كالحنفية أهليتهما لمباشرة هذا التصرف ونفاذه بالإجازة ممن له الولاية فإن الكفالة بذلك تصح إذا أجاز الشراء من له حق لإجازته أما إذا بطل لعدم إجازته فإن الكفالة لا تصح به وعند من يرى أن تصرفهما كتصرف المجنون لا صحة له ولا ينقلب صحيحا كالشافعية فإن الكفالة كل منهما في ثمن ما يشتريه تعد باطلة أما قبل الإجازة فالعقد موقوف وإذا ن لا دين .

وذهب المالكية إلى أن ما أخذه السفیه أو اقترضه أو اشترى به شيئاً إن كان ذلك مما لا بد له منه صح ضمانه لأنه يلزمه في ذمته ويرجع عليه في ماله ، وعلى ذلك يرجع عليه الضامن في ماله إذا أدى عنه .

أما إن كان مما لا يلزم له فكفل به رشيد ، فإن الحكم في ذلك يختلف فإن كان الضامن لا يعلم أنه محجوز عليه والمضمون له يعلم ذلك لم تصح الكفالة اتفاقاً ولا يلزم الضامن لأنه ضمن مالا يجب وهو لا يعلم ذلك وقد أقدم

على الضمان على زعم أنه ضمان لو اوجب . وإن كان الضامن هو الذي يعلم بأنه محجور عليه والمضمون له لا يعلم ذلك صحت الكفالة ولزم الكفيل ماضن انفاقا ، لأن اقامه على الكفالة مع علمه بعدم وجوب الدين بعد تبرعائه بهذا الدين للمضمون له فيلزمه ذلك تجنباً لخداع المضمون وغدرة . أما إذا كانا يعلمان ذلك جميعاً أو بجهلانه فعند ابن القاسم تصح الكفالة في الحالين ويلزم الكفيل ماضن وعند ابن الماجشون لا تصح ولا يلزمه في الوجهين ماضن - أما وجه قول ابن الماجشون فظاهر وهو أن الكفالة غير صحيحة لأنها كفالة بما ليس واجبا ، وأما وجه ابن القاسم فهي أن الكفيل حال علمه بالحجر أقدم على الكفالة فكان ملتزماً بالمال متبرعاً به فيلزمه ، أما في حال الجهل بحال المكفول عنه ففعل وجهه أن الكفالة من الكفيل حال جهالة المكفول له بالحجر قد يكون من تيجتها أنه قد استوثق بهذه الكفالة على أساس أنها كفالة صحيحة ولو لاها لكان له إجراء آخر مع المدين ، وفي إبطالها إضرار بالمكفول له وليس في تصحيحها إلزام الكفيل بما لم يقدم على التزامه فوجب لذلك أن يترتب عليها أثرها إقراراً للبعاملات (١) .

ثم إذا أدى الضامن عن السفية دينه في هذه الأحوال الأربع لم يرجع في مال السفية لعدم وجوب ذلك على السفية ابتداء ، وذكر اللخمي من فقهاء المالكية أن كفالة المولى عليه إذا كانت مشروطة في أصل عقد الدين ، وكان الكفيل والمكفول له عالين بالحجر أو كان الكفيل وحده هو العالم به كانت

(١) يقال أن إقامه في هذه الحال إقدام على ما يعتقد أنه له حق الرجوع به فكيف يلزم بما ليس له حق في الرجوع به - قد يخرج على نظرية إلزام بما التزم به .

الكفالة لازمة (١) وان كان المكفول له عالماً دون الكفيل كانت الكفالة ساقطة (٢) وان كانا مجهلان جميعاً فعلى وجهين (٣) ، أما إذا كانت الكفالة بعد العقد وهما مجهلان بالحجر جميعاً فإنها تكون ساقطة (٤) دراجع الخطاب ج ٥ ص ٩٦ ، أقول - وليس يبعد أن يكون الزام الكفيل بما التزمه عند عدم وجوب الدين في ذمة المكفول عنه مرده إلى تبرع الكفيل والتزامه بذلك لا إلى صحة الكفالة إذ أنها لا تكون إلا بدين ثابت .

أما التشريع الوضعي فيفرق في الحكم بين التزام باطل بطلاناً أصلياً والتزام باطل بطلاناً نسبياً ، فإذا كان التزام المكفول به باطلاً بطلاناً أصلياً تكون الكفالة باطلة أما إذا كان باطلاً بطلاناً نسبياً فإن الالتزام الأصلي في هذه الحال يعتبر صحيحاً ومتجاً لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله ، وعلى هذا تظل الكفالة به صحيحة كذلك حتى يحكم بإبطاله فتبطل - على أن الكفيل الحق في هذه الحال في طلب الحكم بإبطال الالتزام الأصلي أما باسم المدين بناء على المادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ مدني ، وأما باسمه هو بناء على المادة ٧٨٢ / ١ مدني التي تفول للكفيل الحق في أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين - وعلى ذلك فإن ذمة الكفيل تبرأ بعد تقرير بطلان الالتزام الأصلي المكفول به ولو كان المادة

(١) وهذا يتفق مع القول الأول وكلاماً يخرج على ذلك التزام بالتبرع ؟ ذلك هو الظاهر وفي هذا خلاف ابن الماجنون عند ملها جميعاً .

(٢) وهذا يتفق أيضاً مع ما سبق والوجه أنه لا دين وقد سبق أن عدم الصحة على اتفاق .

(٣) أحد الوجهين مبني على نظرية الالتزام وهو صحة الالتزام - والثاني مبني على أن عدم وجود دين وعدم صحة الالتزام وانتهاء التبرع لجعل الضامن .

(٤) لا يقال في هذه الحال أن المكفول له لم يقدم على العقد إلا بعد أن كان لديه استثنائي من الكفيل فلا بد من مراعاة ذلك والقول بصحة الالتزام تمنح لدعاه وطروره بل يقال أنه قد سلب المجبور عليه ماله فوجب أن يتحمل به ذلك ولذا كانت الكفالة ساقطة .

٧٧٧ مدني تضمنت حكما استثنائيا يقضى ببقاء الكفيل ملتزما حتى بعد الحكم ببطلان الالتزام الأصلي متى كان سبب هذا الابطال هو نقص أهلية المدين وكانت كفالته حاصلة بسبب هذا السبب فيه ، وهذا نصها :

« من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول : ومقتضى ظاهر المادة أن الكفالة قد حدثت لتأمين المكفول له فإذا تبين أنها لم تكن لذلك سرى عليها الحكم العام وهو البطلان ، عبد الباقي ص ٧٦ - ٨٠ ، وهذا يتفق مع مذهب المالكية كما هو ظاهر .

شروط الصيغة

يشترط أن يكون قبول الكفالة عند من من يجعله ركنا فيها في مجلس الإيجاب لأن الكفالة من العقود المالية التي يشترط فيها اتحاد مجلس القبول والإيجاب فإذا كفل إنسان ديناً في غيبة المكفول له فلم يقبل عنه فضولي لم يتوقف الإيجاب إلى ما وراء المجلس وبطل لذلك حتى إذا قبل المكفول له بعد المجلس لم تصح الكفالة - ولو قبل عنه فضولي جاز ذلك وتوقف نفاذ الكفالة على إجازتها من المكفول له وللكفيل أن يرجع عن إيجابه قبل إجازة الكفالة من المكفول له كما للبائع أن يرجع عن إيجابه بالبيع قبل إجازته من المشتري ، وخالف ذلك أبو يوسف في قوله الأخير فذهب كما تقدم إلى أن الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول من المكفول له أو من فضولي عنه أم لم يوجد ، واختلف الحنفية في الترخيم على قول أبي يوسف هذا فقيل تجوز عنده متوقفة على إجازة المكفول له حتى لو رضى بها وأجازها نفذت ولا بطلت وذلك على أساس أن الكفيل يعتبر معبراً عن نفسه في الإيجاب وفضولي عن المكفول له في اعتبار الإيجاب قبولاً فلذلك يتوقف العقد إلى ما وراء المجلس كراهيه في غيرها من العقود ، ويؤدي هذا إلى أن القبول ركن - وقيل تكون بعبارة

الكفيل نافذة وللشكول له بعد ذلك الرد ان أراد وهذا هو أصح القولين وأظهرهما كما في فتح القدير ، ومؤداه أن القبول ليس ركنا .

الباعث على الكفالة :

لا يشترط جمهور الفقهاء أن يكون الباعث على الكفالة سبباً مشروعاً وعلى ذلك لو أن خليلاً كفّل عن خليلته بدين عليها لآخر ليحظى باستمرار معاشرتها له وبقاء صلته بها وتبين ذلك من القرائن كانت الكفالة صحيحة ملازمة عندهم لأنها مجرد الالتزام من الكفيل عند جمهور فقهاء الاسلام . وخالف في ذلك بعض الحنابلة فذهبوا الى ابطال كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم سواء تضمنت صيغة ما يدل عليه أم كان أمراً باطنياً معنوياً وإن جاز ألا يحدث أو أن يتبدل وذلك لأنه قد اتخذ وسيلة الى أمر محظور محرم ولم يجعله الشارع وسيلة الى ذلك وفي تصحيحه اعانة على المعصية والاعانة عليها بأي طريق محظور وقد قال صلى الله عليه وسلم «وانما لكل امرئ ما نوى» وهذا عام يعم العبارات وغيرها من المعاملات والأقوال والأفعال وهو دليل على أن من اتخذ البيع وسيلة الى الربا فقد قارف الربا وليس يعصم منه صورة البيع ومن نوى بالزواج التحليل كان تبساً مستماراً كما دل على ذلك الحديث .

واختلف في ذلك فقهاء التشريع الوضعي ، فمنهم من ذهب هذا المذهب ومنهم من خالفه فذهب الى أن الباعث الدافع اليها يجب أن يكون مشروعاً والا كانت الكفالة باطلة غير أنه يشترط لذلك أن يكون الدائن عالماً بعدم مشروعية الباعث الدافع أو على الأقل كان في مكتبة ومن اليسير عليه أن يقبضه والالم يفسد الالتزام وقد اشترط الفقه والقضاء هذا الشرط طلباً لاستقرار المعاملات وحماية للثقة المشروعة ، وعموم المادة ١٣٦ مدني يقضي بأن التشريع المصري يأخذ بالرأى الأخير إذ تقضى بأن كل التزام ارادى يجب أن يكون

له سبب مشروع ومن ذلك الكفالة . راجع التأمينات الشخصية والعينية
للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩ ، ٧٠ وهك نص المادة ١٣٦ مدني .

« وإذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان له سبب يخالف للنظام العام
أو الآداب كان العقد باطلا » .

حكم الكفالة :

يستعمل الفقهاء حكم العقد في معنى من المعاني الثلاثة الآتية :

١ - ما يوصف به العقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له أو إلى نفيه
عنه فيقولون في هذا المعنى حكم هذا العقد أنه واجب أو مندوب إليه أو حرام
أو مكروه أو مباح وعلى هذا الأساس يختلف حكم عقد الكفالة بحسب
ما يصاحبه من ظروف فإذا كان في إعانة على خير كان مندوبا إليه كأن تكفل
من يطلب مالا في سبيل بر ، وأنت ترى من حاله أنه قادر بعد حين على الوفاء
به وفي كفالته إعانة له على هذا البر والخير ، ويكون واجبا إذا كفلته في مال
يسد به جوعا يؤدي به إلى الخمصة .

ويكون حراما إذا كفلته في مال يريد إضاعته في المحرمات ، ومكروها
إذا ما كفلته في مال يريد إنفاقه فيما لا حاجة به إليه ، ويرى الشافعية أنه سنة
في حق قادر عليه آمن من عائلته إذا كان في دين لم ينفق في شر .

٢ - ما يوصف به العقد من وصف يرجع اعتبار الشارع له وعدم اعتباره
أو إلى ماله من قوة ملزمة لطرفيه وفي ذلك قد توصف الكفالة بأن حكمها
البطلان لفقدان شرط من شروط انعقادها أو بأن حكمها الفساد لفقدان
شرط من شروط صحتها فيقال أنها باطلة أو فاسدة وذلك لأن الشارع
لا يعتبرها في هذه الحال ولا يترتب عليها أثرا . ويقال أنها صحيحة لإعتبار

الشارع إياها بأن رتب عليها آثارها كما يقال أيضاً أنها نافذة أو موقوفة إذا ترتب عليها آثارها أم لم ترتب .

وعلى هذا الأساس يقال على العموم أن عقد الكفالة غير لازم من جهة المكفول له فيستبد بفسخها وانهاؤها وذلك بإبرائه الكفيل من الكفالة لأنها خالص حقه ولازم بالنسبة للكفيل فلا يستبد بفسخها ولا بإنهاؤها إلا برضا المكفول له - وليس يتوقف شيء من ذلك على رضا المكفول عنه - وهذا حكم متفق عليه لا يخالف فيه فقيه ، وعلى ذلك فهي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كالرهن فانه عقد لازم بالنسبة الى الراهن وحده وعلى هذا أيضاً التشريع الوضعي .

وقد استثنى من ذلك كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له بايع فلاناً وأنا كفيل بالثمن فأجاز الحنفية للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لا يقع في الضرر ، ولا يشترط أن يعلم بذلك المكفول عنه ، ويعد من الرجوع أن ينهأ الكفيل عن المبايعة قبل تمامها ، فقد جاء في الهندية عن التارخانية ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهأ عنها لم يضمن ج ٣ ص ٢١٢ ، وكذلك يصح للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها في الهندية ج ٣ ص ٢٨٩ ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر ، ثم على ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلية ونقل ذلك عن الاختيار وشرحه المختار ج ٢ ص ٦٥ وفيه ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ، ولو ضمن أجسره كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد في رأس الشهر بل تجب في الأشهر كلها بسبب واحد هو العقد ،

وسبب الأجرة في الإجارة بتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلية ولأن النفقة في الزوجية تجب بالعقد بشروط وجوبها وقد جازت الكفالة بها استثناء قبل أن تصير ديناً في الذمة بفرضها وحلول وقتها مع أن وجوبها في ذمة الكفيل منوط بوجوبها وثبوتها في ذمة الزوج وعلى ذلك كانت الكفالة بها عند إنشائها في معنى الكفالة المضافة إلى وقت ثبوتها في ذمة الزوج وهي لازمة لا يجوز للكفيل الرجوع عنها تنزيلاً للنفقة المستقبلية في هذه الحالة منزلة الدين الحال لتحقيق سببه وهو العقد .

أما كفالة الإجارة فهي كفالة لدين لا يثبت إلا باستيفاء المنفعة والعقد فيها الذي هو السبب يتجدد بتجدد الوقت فلا تعد الأجرة ديناً وجد سببه عند إنشاء الكفالة ومن ثم كانت كفالة بدين مستقبل لم يتحقق سببه فكانت مضافة في معناها وجاز فيها الرجوع قبل الوقت أى قبل وقت الوجوب والشروط التي اشترطوها في جواز الرجوع عن الكفالة بالدين المستقبل يتأتى تحقيقها في هذه الكفالة . ذلك لأن إجارة الأعيان مشاهرة — مثل أن يؤجره داره كل شهر بكذا — صحيحة لازمة في الشهر الأول فقط دون بقية الشهور التالية لأنها في الشهر الأول منجزة وفي غيره مضافة وفي لزومها خلاف فليس كل من العاقدین حق الفسخ وذلك عند تمام الشهر ويجب أن يكون بمحض من صاحبه والفساد فيها لجهالة المدة ويثبت حق الفسخ في الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى وقيل في أول ساعة منه ومشى عليه القدوري (١) .

وكما يجوز أن يرجع عن الكفالة بالدين المستقبل يجوز له أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشرط الذي علق عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك ويدل على هذا ما في الفتاوى ج ٥ ص ٤٠٤ عند كلامه

على قول الكفيل ما بايعت فلاناً فعلى ، قال ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة مسح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء — ولكن لا يجوز رجوع الكفيل عن كفاله بدين مؤجل لأنها كفالة قائمة فعلاً وإنما صح رجوعه في الكفالة المستقبلية لأن لزوم الدين إنما يكون بعد المبايعة واستحقاق مطالبة الكفيل فأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئاً فيصح لذلك رجوعه يوضحه أننا بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعاً للضرر عن الطالب لأنه يقول (إنما اعتمدت على كفالتك حين بايعت هذا الرجل وقد اندفع هذا الضرر حين نهاه عن المبايعة أو حين رجع عن الكفالة فأعلمه برجوعه البحر ج ٢ ص ٢٢٨ ، ويفهم من عبارات بعض الكتب الأخرى أنه لا يشترط في صحة الرجوع أن يرجع وينهاه عن المبايعة بل يكفي فيه أحدهما .

رأى المالكية :

والمالكية يجوزون للكفيل أيضاً الرجوع في الكفالة المترتبة على المعاملة وهي الكفالة المعلقة عليها وظاهر المدونة أنه يشترط في صحة الرجوع إعلام المكفول له (١) وفي المدونة ج ١٧ ص ١١٠ قال شخص لآخر دأين فلاناً فما دأينته فعلى ، فلم يدأينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فإنه قد بدا لي أكون ذلك له أم لا ؟ قال نعم حتى إذا دأينه لم يلزمه شيء لرجوعه عن كفاله قبل الدأينة .

رأى الزيدية :

وكذلك رأى الزيدية . فقد صححوا الكفالة بما سيثبت في الذمة وهي الكفالة المعلقة نحو ما بايعت فلاناً فأنا ضامن وجعلوا للكفيل أن يرجع عنها

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٨٩ والفتح ج ٥ ص ٤٠٤ والهندية ج ٣ ص ٢٧٢ والبحر ج ٦ ص ٢٢٨ والسوق ج ٣ ص ٢٣٤ .

قبل ثبوت الدين وأوجبوا أن يكون ذلك في مواجهة المضمون له كما في فسخ العقود وإن كان ذلك في غيبة المكفول عنه المنزوع ج ٤ ص ٢٦٩ .

رأى الحنابلة :

وكذلك أجاز الحنابلة للكفيل أن يرجع عن ضمان ما يؤول إلى الوجوب قبل وجوبه لعدم اشتغال ذمته عند الرجوع - وسكتوا عن اشتراط اعلام المكفول له بذلك ج ٢ ص ١٧٦ - كشف القناع ، وفي منتهى الارادات ج ٢ ص ١٠٨ وإذا قال ضمانت لزيد ما يدينه بكرا أو ما يقربه أو ما يثبت له عليه صحت الكفالة وله إبطال هذا الضمان (١) قبل وجوب الحق لأنه إنما يلزم بالوجوب ، ويؤخذ من هذا أن الضمان يطل بموت الضامن قبل وجوب الحق .

أما الشافعية والشيعة فقد علمت أنهم لا يجوزون الكفالة بدين لم يجب بعد .

التشريع الوضعي :

وأما القانون المدني فقد نص في مادته ٧٧٨ على جواز الكفالة بالديون المستقبلية بشرط أن يحدد فيها المبلغ المكفول به كما قدمنا ونصها : « تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي ، على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة

(١) يلاحظ أن الكفالة في هذه الصور ليست كفالة بدين مستقبلي وإنما هي كفالة بدين قبل ظهور وجوبه وليس يبدو أن يفرق عن الدين الظاهر للثبوت والظاهر من التعليل أنها كفالة بدين مستقبلي وأن الذي ضمنه ماسفيان به فلانا أو ماسفير به أو ما سمي بدين عليه بسبب صفة مستقبلي .

كان له في أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ أى وذلك حتى لا يترتب على الرجوع ضرر .

وقد أجازت الفقرة الثانية للكفيل أن يرجع عن كفالته في أى وقت مادام أن الدين المكفول به لم ينشأ وهذا إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته تنتهى باتيائها أما إذا عين مدة لكفالته كأن كفل لمدة سنة من اليوم تنتهى كفالته باتيائها فلا يجوز للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن كفالته ولو كان رجوعه قبل نشوء الدين . والحكمة في جواز رجوع الكفيل عن كفالته بالدين المستقبل قبل نشوئه أن الكفالة لا تنشأ في الواقع ولا يعد الكفيل ملتزماً إلا بعد نشوء الدين وعلى ذلك لا تعتبر الكفالة قد تمت وذلك لعدم وجود محلها وهو الدين المكفول به . ولعدم تمامها جاز للكفيل أن يرجع فيها ولكن بشرط أن يعلن المكفول له برجوعه قبل أن يتورط في الإدانة بناء على الكفالة . وهذا الشرط وان لم يصرح به في المادة المذكورة إلا أن الغرض الذي هدف إليه المشرع من منح الكفيل حق الرجوع قبل نشوء الدين هو تمكينه من مراعاة حاله المالية وحال المدين قبل أن يتورط في الالتزام وهي حالة قد تتطور وتتغير بعد إقدامه على الكفالة إلى ما يدعوه إلى العدول عنها وتلك كما يرى حماية استثنائية للكفيل ، ولا يجوز أن يتخذ من هذه الحماية سبيلاً إلى الاضرار بالدائن وهذا إذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته ، أما إذا حدد مدة لكفالته فإنه بهذا التحديد قد التزم التزاماً بمحدد الوقت أمام الدائن فلا يجوز له العدول عن هذا الالتزام شأنه شأن إلزام بمحدد الوقت في عقد من العقود إلزاماً له بالتزامه ، وفي رأينا أن الالتزام بالكفالة قد تم بالارتباط به والتماقد عليه بين الكفيل والمكفول له في الحالين - فلا يجوز التفرقة بينهما في الرجوع فإذا جاز للكفيل أن يرجع في أحدهما كان الواجب كذلك أن يرجع في الأخرى مادام الدين المكفول به لم ينشأ بعد ، وهذا

ماذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية (١) .

٣ - الأثر المترتب على العقد - وقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على الكفالة من آثار .

فذهب أهل الظاهر والشيعة وابن أبي ليلى وابن أبي شبرمة وأبو نؤر إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة الكفيل ، وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل وحده .

وذهب الجمهور إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المكفول عنه مع بقاءه شاغلا لذمة المدين والمكفول عنه ، فيكون كل منهما مطالبا بالدين .

وذهب فريق من الحنفية إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هذا الدين شاغلا لذمة المدين المكفول به مع بقاء حق مطالبة به ومع عدم شغل ذمة الكفيل به . وقد بينا ذلك فيما مضى ، وفصلنا دليل كل رأي وما يوجه إليه من نقد . ويقتضينا هذا أن تفصل القول في بيان حدود التزام الكفيل بالنسبة لهذه الآراء الثلاثة .

فعلى الرأي الأول - رأى الشيعة وأهل الظاهر - يترتب على الكفالة أولا برادة ذمة المدين الأصلي من الدين نهائيا ، فلا يرجع عليه الدائن سواء

(١) قد يفرق بين المالين بأن الكفيل حين تعيينه مدة لكفالاته قد يتأذى لأن يتعرف عن حاله وظروفه المالية وظروف المكفول عنه في تلك المدة وبناء على ذلك حددها أما عند الإطلاق فليس من اليسر عليه أن يحيط بظروفه في مستقبل غير محدود فكان له حق الرجوع إذا رأى أن حاله يستوجب ذلك .

أكانت الكفالة بأمره أو بغير أمره وذلك عند أهل الظاهر إلا في صورة واحدة وهي ما إذا قال المدين للكفيل أضمن عني ما لهذا من الدين على فإذا أدبت عني فهو دين لك على فعندئذ يكون له أن يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه بقوله فإذا أدبت فهو دين على وذلك قرص صحيح له أن يرجع به عليه حال حياته وأن يرجع به بعد وفاته في تركته إذا أدى ، أما في غير هذه الحال فلا يرجع الضامن على المدين حال حياته ولا في تركته بعد وفاته بشئ أبداً - وهذا عند أهل الظاهر - أما عند الشيعة الجعفرية فإن له حق الرجوع على المدين إذا أدى الدين عنه وكانت الكفالة بأمره كما سيأتي بيانه .

ثانياً - انتقال الدين إلى ذمة الكفيل بحالته ووجوب أدائه عليه ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المدين الأصيل ولا أن يطالبه بشئ من هذا الدين لسقوطه عنه ولا أن يطالب ورثته من بعده ليؤدوه من تركته سواء انتصف فوفى الدين أو لم ينتصف فلم يؤد إليه شئ وهذا عند أهل الظاهر والشيعة جميعاً .

وانتقال الدين بحالته إلى ذمة الضامن إذا كانت الكفالة به مطلقاً - أما إذا كانت مقبدة أو مشروطة بشروط فإنه ينتقل إليها مع مراعاة هذه الشروط عند الشيعة .

وعلى ذلك إذا كان الدين حالاً فكفله على أن يكون مؤجلاً إلى أجل معلوم انتقل إلى ذمة الكفيل مؤجلاً وذلك لرضى الدائن بتأجيله .

وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً فكفله حالاً انتقل إلى ذمته حالاً لاتفاقهما .
على إسقاط الأجل غير أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا إذا أدى فعلاً وانتهى الأجل الذي كان للمدين وكان الضامن حتى الرجوع بأن كانت الكفالة بأمر المدين على ما سيأتي بيانه .

وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه إلى أجل أزيد أو أنقص .
 وإذا ضمن الحال مؤجلاً فتوفى حل هذا الدين بوفاته وليس لورثته
 الرجوع على المضمون إلا بعد الأداء وانقضاء الأجل .
 وليس لوفاة المضمون اعتبار في حلول الدين .

ومن الشيعة من يرى عدم صحة كفالة الحال مؤجلاً وعدم صحة كفالة
 المؤجل حالاً ومنهم الشيخ الطوسي (١) .

ولعل وجه ذلك أن هذا تغيير للدين ، وإنما ينتقل بالكفالة ما كان في
 ذمة المدين من دين على وضعه والظاهر أن ذلك مذهب أهل الظاهر أيضاً
 لأنهاهم إلى عدم جواز تغيير وصف الدين من حلول إلى تأجيل أو من
 تأجيل إلى حلول بناء على أن ذلك اشتراط لشرط ليس في كتاب الله
 « المجلى ج ٤ ص ٨٤ » .

وبناء على ما تقدم يكون للدائن حق مطالبة الكفيل بأداء الدين في محله
 « أى في أجله » دون نظر إلى حال المضمون من ناحية المقدرة على مطالبة
 أو عدم المقدرة على ذلك ودون نظر إلى قدرته على الوفاء أو عدم قدرته
 بل ليس للدائن مطالبة المدين الأصلي المضمون بالدين لبراءة ذمته بالنسبة له
 وليس له أن يرجع عليه بشيء إذا لم ينتصف من الكفيل متى كانت الكفالة
 صحيحة مستوفية لشروطها ومنها ملاءة الكفيل أو علم الدائن بعسره
 عند الشيعة .

ومنهم أهل الظاهر والشيعة في ضمان المال قد يرى أنه يشبه إلى درجة ما

ما يعرف في التشريع الوضعي بالحلول الاتفاق وهو مانص عليه في المادة ٣٢٧ مدني ونصها :

« للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحمل محله ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

فإن هذه المادة تجيز أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يوفيه دينه قبل فلان ويحمل محله في هذا الدين سواء أقبل المدين ذلك أم لم يقبل وليس يجوز أن يكون هذا الاتفاق بعد وفاء الدين بل يجب أن يكون معه أو سابقاً عليه وبناء عليه يوفي الأجنبي الدين ويحمل الدائن فيه وفي كل ما لهذا الدين من خصائص وما يلحقه من توابع . وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن ، ٣٢٩ مدني ، أو بالقدر الذي سقط من الدين نتيجة قيامه بالوفاء بناء على هذا الاتفاق .

وقد علمت أن أهل الظاهر لا يجعلون للضامن حق الرجوع على المدين بما يوفى وهذه هوة كبيرة بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول في التشريع الوضعي ويجعلون الضامن متبرعا بالوفاء ملتزما به - وكذلك الشيعة يوجد فرق كبير بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول ، فانهم وإن جعلوا للضامن حق الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة والأداء بأمره على ماسياتي - لا يجعلون الضامن محل الدائن فيما كان لدينه من خصائص وتوابع وتأمينات .

ثم يلاحظ مع هذا أن الحلول في التشريع الوضعي لا يتحقق إلا بوفاء الدين فعلا بينما أن انتقال الدين إلى الضامن عنده هؤلاء يتحقق بمجرد نشوء الالتزام بين الدائن والضامن .

ولكن الظاهر أن مذهب الشيعة يتفق مع طريقة تجديد الدين بتغيير المدين فان هذا التجديد ينهى الالتزام الأصلي وينشئ مكانه التزاما جديدا بتغيير المدين فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي دون أن يكون له خصائص هذا الالتزام وتوابعه وتأميناته - وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه « يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه - ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » ثم نص في المادة ٣٥٨ على أنه « لا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد سواء أكانت عينية أم شخصية » .

والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه - أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي يقبل أن يكون هو المدين الجديد . م ٣٥٣ مدني ، وليس من شك في أن المدين الجديد يكون له بذلك حق الرجوع على المدين الأصلي نتيجة لما تنقضي به القواعد العامة .

رأى الجمهور :

وعلى الرأي الثاني وهو رأي الجمهور يترتب على الكفالة كما قلنا شغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به فبصير ملتزما به مع بقاء التزام الأصيل به .

وعلى ذلك يتحدد التزام الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل مع مراعاة ما تضمنه عقد الكفالة من بيان وشروط لأن الكفيل لا يلزم إلا بما يلتزم به الأصيل وعلى ذلك يجب أن يكون التزامه في حدود ما التزمه بعقده ،

فلا يتجاوز التزامه هذه الحدود فإذا ضمن جزءاً من الدين لم يلزم بغيره من الأجزاء الأخرى - وإذا كفل بالدين لفلان على أنه ألف جنيه ، فظهر أنه ألفان لم يلزم إلا بألف فقط كما أن كفالته بالدين لا تتناول ما يغرم الدائن في سبيل مطالبة الأصيل به أو مقاضاته به ونحو ذلك من النفقات .

التشريع الوضعي :

وعالج في ذلك القانون المدني إذ تنص المادة ٧٨١ منه على أنه : إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة بالدين تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل - وعلى هذا يسأل الكفيل عن الفوائد وعن الشرط الجزائي إن وجد وعن التعميمات الناشئة عن تأخير الوفاء وعن نفقات المطالبة بالدين سواء أكانت موجهة إلى الأصيل أو إلى الكفيل وعن نفقات التنفيذ - غير أنه يلاحظ أن الكفيل إنما يسأل عن نفقات المطالبة الأولى الموجهة إلى الأصيل وهي المصروفات التي ينفقها الدائن في بداية الاجراءات كنفقات التنبيه بالنفع ونفقات رفع الدعوى أما النفقات الأخرى التي تنفق بعد قيام الدعوى فلا يسأل عنها الكفيل إلا إذا كانت بعد إخطاره بحصول مطالبة المدين .

وكذلك لا تتعدى الكفالة ما حدد لها من زمن إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ولا ما حدد لها من وقت إذا كانت مؤقتة بوقت تنتهي بانتهائه كما بينا ذلك عند كلامنا على إضافة الكفالة وتوقيتها ، وكذلك يراعى فيها تعليقها إذا ما علقت على شرط فلا يعد الكفيل كفيلًا إلا بعد تحقيق هذا الشرط فإذا علق الكفيل كفالته على تقديم العميل رهناً وافيًا بالدين أو على وفاة المدين لم يلزم بشيء إلا بعد تحقق ذلك .

حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق :

وإذا كان الدين المكفول به مؤجلا فكفله الكفيل كفالة مطلقة لزمه مؤجلا ولا يجوز أن يطالب به في الحال وكذلك الحكم إذا كان حالا لزمه حالا ولا يتأجل بالنسبة إلى الكفيل بعد ذلك إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين الدائن - وتأجيله للكفيل بناء على ذلك ليس تأجيلا للأصيل .

في كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من أجله :

مذهب المالكية : إذا كان لشخص دين مؤجل في ذمة آخر فأعطاه المدين كفيلًا على أن يؤخره دينه إلى أبعد من أجله بأن كان الدين مؤجلا شهراً فكفله على أن يكون مؤجلا إلى شهرين لم يجوز ذلك عند مالك إلا بشرطه . أما إذا حل الأجل أو كان الدين حالا فكفله شخص على أن يكون مؤجلا إلى أى أجل قريب أو بعيد فذلك جائز وإنما لم تجز الكفالة في الحال الأولى لأن التأخير إلى أجل أبعد يعد سلفاً جر منفعة للدائن هي توثيق دينه بالكفالة من الآن إلى حلول أجله الذي كان مؤجلا إليه ولم يكن موثقاً في هذه المدة . أما الحالة الثانية فهي بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به كفيلاً وذلك جائز .

وإذا كفله شخص على أن يوفيه الآن أو قبل حلول أجله فذلك جائز لا ذلته حينئذ كما لو كفله على وضعه وليس فيما تقدم إلا أنه يحل الدين قبل أجله وزاد حمالة وذلك لا بأس به .

جاء في المدونة ج ١٣ ص ١٢٢ : قلت أرايت أن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل على أن يوفيني الدين قبل محل الأجل قال لا بأس بذلك لأنه لا تهمه ها هنا وكذلك الرهن وكذلك أن أعطاني حميلا أو رهنًا قبل محل الأجل على أن يعطيني حتى عند محل الأجل أيجوز ذلك أم لا قال لا بأس به

قلت أرايت أن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل وكان ديني عليه إلى ستة فأعطاني كفيلا بحقي إلى ستة أشهر قال هذا لا بأس به لأن هذا لا تهمه فيه ألا ترى أنه محل الدين الذي عليه قبل محل الأجل وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك .

هذا ما جاء في المدونة وإذا لوحظ أن هذا النص مطلق كانت كفالة الدين المؤجل الى أجله أو إلى أقل منه أو كفالته حالا جائزة دون أن يقيد ذلك بقيد .

ولكن جاء في الحرشي وغيره كالشرح الكبير أن ضمان الدين المؤجل حالا إنما يلزم ويصح بشرطين: أحدهما إذا أسقط المدين حقه في الأجل لأنه إذا لم يسقط المدين حقه في الأجل لم تصح الكفالة لأن الكفالة انضمام في دين المدين ودين المدين مؤجل فلا يكون حالا في ذمة الكفيل بينما هو مؤجل في ذمة الأصل . ثانيهما أن يكون هذا الدين مما يقضى على الدائن بقبوله الوفاء عند تعجيله لأنه إذا كان مما لا يقضى على الدائن بقبوله الوفاء المعجل كأن يكون طعاماً أو عروصاً من بيع فلا يجوز ضمانه حالا وأن تنازل المدين عن حقه في الأجل لأنه لو جاز الضمان في هذه الحال فادى الدين فإن قبل الدائن الوفاء كان في ذلك حط الضمان وأزيدك . والخط هنا بالتنازل من الدائن عن الأجل والزيادة بالتوثيق على أساس أنه قد لا يحصل الوفاء فعلا بعد الضمان وإن لم يقبل الوفاء كان في ذلك إضراراً بالكفيل يشغل ذمته إلى الأجل وهو لم يرض بذلك .

وقد صورت مسألة ضمان المؤجل حالا بما يأتي : أن يكون لشخص دين مؤجل قبل آخر فأسقط المدين حقه في الأجل وضمنه الكفيل على الحلول فإن هذا الضمان يصح ويلزم . ويظهر من هذا التصوير أنه يشترط في صحة ضمان المؤجل حال زول المدين عن حقه في الأجل حتى يكون ذلك من

قيل ضمن الحال حالا وعمل هذا إذا كان الدين مما يقضى بقبوله تعجيله كما تقدم .

رأى الشيعة وأهل الظاهر :

ذلك مذهب المالكية ومن الشيعة من ذهب مذهب المالكية في عدم جواز كفالة المؤجل حالا وذلك أيضاً هو مذهب أهل الظاهر على ما يظهر .

رأى الحنفية :

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة المؤجل حالا ويقتصر الحلول على الكفيل .

رأى الحنابلة :

وذهب الحنابلة إلى صحتها أيضاً ولكن لا يصير بها الدين حالا بل يكون مؤجلاً على الكفيل أى ويلغى وصف حلوله وعندهم احتمال آخر بصحة كفالته حالا ويبقى حلوله على الكفيل .

أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال قول يتفق مع الحنفية وآخر يتفق مع الحنابلة وقول بعدم صحتها كالمالكية .

كفالة الدين الحال مؤجلاً

إذا كان لشخص دين حال في ذمة آخر فكفله كفيل على وضعه فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم كما قدمنا أما إذا كفله على أن يكون مؤجلاً فقد اختلف الفقهاء في ذلك .

ذهب الحنفية إلى أن كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلاً صحيحة وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعاً إلى الأجل الذي أجل إليه الدين في ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن محمد بن أنس أن الأجل يقتصر على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا على الأصيل ذلك لأن عقد

الكفالة إنما تضمن تأجيلا على الكفيل فقط فيقتصر عليه كما إذا كان التأجيل له بعد عقد الكفالة إذ لا فرق بين الحالين في أن ما تم الاتفاق عليه بين الدائن والكفيل هو تأجيل الكفيل دون تعرض لتجاوز هذا الأجل إلى الأصيل فيقي الدين عليه كما كان .

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة نفسه وإذا كان في عقد الكفالة وهو يقتضى إثبات الدين في ذمة الكفيل كان الأجل صفة للدين وتغير به وصفه ووضع فصار بسبب ذلك مؤجلا عليهما جميعاً لأنه دين واحد تغير وصفه بمقدّم بين الدائن والكفيل بخلاف تأجيله على الكفيل بعد عقد الكفالة لأنه حين ثبت في ذمته ثبت حالا فإذا أجل بعد ذلك كان ذلك اتفاقاً على تأخير المطالبة لا على إثبات دين مؤجل في ذمة الكفيل والفرق بين هذه الحال وحال كفالة المؤجل على أن يكون حالا إذ يبقى مؤجلا على الأصيل وحده إن الدائن لا يملك إسقاط الأجل على الأصيل وإلزامه بالدين حالا دون إلزامه بذلك بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك ذلك الدائن لأنه خالص حقه .

وذهب الحنابلة إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا صحيحة ويكون التأجيل مقتصرأ على الكفيل ويبقى حالا على الأصيل وإلى هذا ذهب الشافعي في أصح القولين عنده . والقول الآخر عنده عدم صحة كفالة الحال مؤجلا لأن الكفالة إلزام ما في ذمة الأصيل وما في ذمة الأصيل دين حال لا مؤجل ووجه القول الأول ما رواه ابن ماجة أن رسول الله ﷺ كفل ديناً حالا مقداره عشرة دنانير على أن يكون مؤجلا شهراً . ولأن الكفالة عقد تقتضى إثبات دين في ذمة الكفيل فيثبت في ذمته على الوصف الذي تم عليه التعاقد ولا مانع من أن يكون الدين في ذمة أحدهما مؤجلا وفي ذمة الآخر حالا وذلك حاصل في كثير من المسائل عند وفاة أحدهما والدين مؤجل إذ يحل بالنسبة له فقط .

وذهب المالكية إلى أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً لأنه يعتبر سلفاً بكفيل في الحال غير أنه يشترط لصحته أحد شرطين :

أحدهما أن يكون المدين موسراً ولو في أول الأجل فقط وذلك لكي لا يصير سلفاً جرئاً وهو محظور. ذلك لأنه لو كان معسراً في أول الأجل فإن تأجيله يعد سلفاً جديداً وكان التوثيق في هذه الحال نفعاً جرماً هذا التأجيل إذ الظاهر أنه لو لا التوثيق ما كان التأجيل ولما كان الدين ثابتاً قبل التوثيق بالكفالة وكان المدين معسراً لم يكن الدائن متمكناً حينئذ من استيفاء الدين وكان من الجائز أن يتوى عليه فإذا وثق في هذه الحال بكفيل كان ذلك نفعاً له نظير تأجيله الدين أى نظير إقدامه على ما يعد إقراضاً من جديد - وكأنهم أغفلوا مراعاة أن ذلك يعد إقراضاً جديداً بكفيل لأنه لم يكن في الواقع إقراضاً مبتدأ في الحقيقة حتى يقال إنه ابتداء سلف بكفيل وذلك للابتعاد عن الشبهة . أما إذا كان موسراً في أول الأجل فإن الدائن يكون قادراً على الاستيفاء منه في الحال فلم يكن له في التوثيق عندئذ نفع .

ثانيهما أن يكون معسراً في أول الأجل بحيث لا يظن يساره فيه عادة وإنما صحت الكفالة في هذه الحال لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب أنظار المدين فيها إلى مبصرته بنص الكتاب فلم يكن الأجل عندئذ في معنى إقراض جديد بأجل وإلى هذا ذهب ابن القاسم .

أما إذا كان يظن يساره عادة في أثناء الأجل فلا تجوز الكفالة لإمكان استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله فإذا أجله إلى ما بعد ذلك الوقت وأخذ كفيلاً فإن تأجيله إلى ما بعده يعد سلفاً في نظير أنه أخذ كفيلاً بالدين من الآن وهذا نفع له. أما إذا كان موسراً كل المدة أو معسراً كل المدة فإن التهمة في أخذ الكفيل مع التأجيل تكون معدومة لأنه في حال اليسار

لم يكن في حاجة إلى التوثيق وفي حال الإعسار مرجأ إلى اليسار فلم يكن بحاجة إلى التأجيل - وعليه إذا صحت الكفالة بتوافر أحد شرطها تأجل الدين بها على الأصيل والكفيل جميعاً - وعند الشبهة العبارة بأول الأجل ولا نظر إلى العادة استصحاباً للحال - خرشي ج ٢٥/٥ .

والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل وتأخير الكفيل تأخير على الأصيل إلا إذا نص على أنه خاص بالكفيل وحده .

الخلاصة :

جوز الحنفية والحنابلة والشافعية على أصح القولين والشيعة الجعفرية والزيدية كفالة الحال مؤجلاً وعندئذ يقتصر التأجيل على الكفيل عند الحنابلة والشافعية والشيعة والزيدية ويتجاوز عند الحنفية إلى الأصيل في ظاهر الرواية خلافاً لرواية أخرى .

وعند الشيعة وكذلك أهل الظاهر وفي قول عند الشافعي لا تجوز كفالة الحال مؤجلاً .

وعند المالكية - يجوز ضمان الحال مؤجلاً بشرط : يسار المدين أول الأجل أو إعساره بحيث لا يني يساره في أثناء المدة ويرون أن التأجيل على الكفيل تأجيل على الأصيل .

كفالة المؤجل حالاً :

رأى الشيعة - تجوز كفالة المؤجل حالاً كما تجوز بأجل أقل أو بأجل أزيد ومنهم من لا يجوز ذلك وربما كان ذلك مذهب أهل الظاهر ويستمر كما كان على الأصيل لأنه لم يلتزم بوصف آخر - فلا يتجاوز ذلك الكفيل .

رأى الحنفية : تجوز كفالة المؤجل حالاً ويقتصر ذلك على الكفيل .
رأى الحنابلة - تجوز كفالة المؤجل إلى أجل أقرب وأبعد وهو رأى للشافعي أيضاً .

أما ضمان المؤجل حالاً فتصح ولا يصير بها الدين حالاً قبلنى الوصف
ويبقى مؤجلاً . وهناك احتمال بالصحة ، كما يصح ضمان الحال مؤجلاً والقولان
عند الشافعية .

رأى الشافعية : تجوز كفالة المؤجل حالاً ولا يلزم الحلول ويثبت الأجل
في حق الكفيل تبعاً للأصيل وقيل تصح حينئذ ويلزمه الحلول وقيل لا تصح
مطلقاً .

ويرى المالكية جواز كفالة المؤجل حالاً أو إلى أجل أقرب بشرط
تنازل الأصيل عن الأجل . وإن كفله إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يصير قرصاً
حر نفعاً وفي المدونة كفلاً ديناً مؤجلاً على أن يوفيه في محله أو إلى
أدنى من ذلك جاز - ابن يونس إنما لا يجوز ذلك - أى إلى أدنى من
الأجل أو على أن يكون حالاً إذا كان الحق مما يجوز تمجيله أما إن كان
عرضاً أو حيواناً من بيع فلا يجوز لأنه في معنى حط الضمان عنى وأزيدك
أى كأن المدين طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل نظير زيادته توثيقاً
بالكفالة .

أما ضمان الحال مؤجلاً فلا يجوز إلا إذا حل الأجل بأى سبب لأنه
بحلوله استحق استيفاء دينه فتأخيره كابتداء سلف بجميل وهذا جائز أما إذا
لم يحل فأخره إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يكون سلفاً جر نفعاً .

والنتيجة عند المالكية . أن ضمان الحال مؤجلاً جائز مطلقاً بشرطه
أما ضمان المؤجل إلى أجل أبعد فلا يجوز لأنه قرض جر نفعاً وضمانه إلى
أجل أقرب أو حالاً جائز إذا كان مما يجوز تمجيله أما إذا لم يكن مما يجوز
تمجيله فلا يجوز لأنه حط الضمان وأزيدك ج ٩٨/٥ بالهامش المواق .

في تأجيل الكفالة والدين

تأجيل الدين وتأجيل الكفيل :

مذهب المالكية :

إذا كان لشخص دين قبل آخر وبه كفيل فأجله على الأصيل كان ذلك تأجيلاً للكفيل أيضاً إلى الأجل نفسه غير أنه يجوز للكفيل أن يعترض على ذلك ويعارض في التأجيل بحجة أنه يخاف أن يفلس المدين ويذهب ماله أثناء الأجل ، ويغير الدائن بين أمرين أن شاء أصر على التأجيل ولا كفالة له وإلا بطن التأجيل إلا أن يرعى به الكفيل كما جاء في المدونة : رأيته إن كان لي على رجل حق وقد أخذت منه كفيلاً فلما حل الأجل أخرت الذي عليه الأصل أيكون ذلك تأخيراً عن الكفيل أيضاً ؟ وما الحكم إن أخرت الكفيل أيكون ذلك تأخيراً للذي عليه الأصل ؟ قال : أما إذا أخر الغريم والأصيل ، فهو تأخير للكفيل إلا أنه إذا أخر الذي عليه الأصل فقال الحميل لا أرضى لاني أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان له ذلك ويكون صاحب الحق فيه بالخيار إن أحب أن يؤخر الذي عليه الحق ولا حيلة له على الحميل فذلك له وإن أبي لم يكن له ذلك إلا أن يرضى الحميل ، وتأجيل الأصيل تأجيل للكفيل أيضاً . أما إذا سكت الحميل وقد وصل إلى عليه تأجيل المدين الأصيل فإن الحاملة تلزمه - وأما إذا لم يعلم بتأجيل الأصيل حتى حل الأجل الذي أجل إليه فإن للحميل أن يحلف الدائن بالله ما أخر مدينه ليبراً الحميل من حمالته فإن حلف لزم الحميل حمالته وإن أبي بطلت حمالته .

وإذا أخر الحميل كان ذلك تأخيراً للأصيل إلا أن يحلف الدائن ما كان ذلك منى تأخيراً للحق عن صاحبه ولا كان ذلك منى الالحميل فإن حلف كان التأخير للحميل فقط وكان له أن يطالب صاحب الحق وإن أبي أن يحلف

لزمه التأخير بالنسبة إلى كل منهما . ذلك لأنه لو وضع عن الحمل حالته
لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال إنما أردت وضع الحمل واتباع
غريمي فالتأخير بمنزله .

وقال سحنون إذا أخر الغريم وهو مولى . موثر تأخيراً بينا سقطت الحالة
وإن أخره وهو فقير معدم لأشئ عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على
الكفيل وله أن يكف عنه - وإلى هذا ذهب أيضاً بعض المالكية - ذلك
ما جاء في المدونة يتصرف ج ١٣ ص ١١٦ ، ص ١١٧ والظاهر أن قوله
فيما تقدم فلما حل الأجل لا يراد منه تقييد هذا الحكم بأنه في دين مؤجل حل
بل هو والدين الحال ابتداء سواء . وهذا ظاهر .

مذهب الجمهور :

وذهب الحنفية والزيدية إلى أن اقدم الدائن على تأخير الدين للأصيل تأخير
للكفيل أيضاً لأن الكفيل بمنزلة التابع للأصيل فإذا أجل الدين على الأصيل
تأجل على الكفيل أيضاً إذا لا يطالب الكفيل بأكثر مما يطالب به الأصيل
أما تأجيله الدين للكفيل فيقتصر عليه ولا يتأجل على الأصيل بذلك - وذهب
بقية المذاهب إلى أن تأجيل الدين لأحد ما لا يعمد ، بجلا للآخر منهما سواء
في ذلك الكفيل والأصيل .

التشريع الوضعي :

أما القانون المدني فإنه يقضى بأنه إذا استبدل بالدين المكفول عنه مدين
آخر برئت ذمة الكفيل ، م ٣٥٨ مدني ، وكذلك إذا أحيل الدائن المضمون
إلى شخص غير المدين الأصيل برئت ذمة الكفيل م ٣١٨ مدني وكذلك إذا
قبل شخص أن يتحمل الكفالة إلى وقت محدد لم يجوز أن يتجاوز التزامه
ومطالبته ذلك الوقت ، كما يجب مراعاة الوقت الذي حدد لنشوء الكفالة
والوقت الذي حدد لإبراء ذمته منها .

وقد تضمنت المادة ٣٨٠ مدى أن الكفالة لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المكفول عنه ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول عنه ، ولكن تجوز بما هو أقل قدرا وبشروط أخف ، وعلى ذلك إذا كان المكفول عنه ملتزما بمائة جنيه لم يطالب الكفيل بأكثر من ذلك وإذا كان الدين مؤجلا على الأصل لم يجوز أن يكون حالا على الكفيل بل ينتظر بمطالبة الكفيل الى حول أجله على الأصل .

وإذا لم تصح الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلي المكفول فانه يقبل مع ذلك أن يقوم الكفيل بتقديم تأمين كالرهن ولو لم يكن بالالتزام الأصلي رهن ما - ذلك لأن الكفيل لا يعد ملتزما بأكثر من الالتزام الأصلي إذا ما التزم ذلك ، ولا بشرط أفسى إذ كل ما في الأمر أنه مدين قدم إلى دائته ضمانا خاصا لوفائه بالتزامه (راجع الدكتور عبد الباقي ، التأمينات والوسيط للدكتور السنبوري باب انقضاء الالتزام) - - وإذ قد بينا مال الكفالة من أثر أصلي فانه يتبع ذلك آثار أخرى نبينها فيما يأتي :

مال الدائن المكفول له من حقوق :

إذا تمت الكفالة كان للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله عليه دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصل وله أيضاً مطالبة الأصل كذلك عند حلول الدين عليه ، فإذا كان حالا عليهما كان له الخيار إن شاء طالب الكفيل بكل الدين وإن شاء طالب الأصل به أيضا ، وإن شاء طالبا لهما به كله في وقت واحد ، وإن شاء طالب كلا منهما بجزء منه دون أن يتقيد في ذلك بقيد من القيود غير أنه لا يستوفى الدين إلا مرة واحدة من أحدهما أو منهما جميعا ، فلا يجوز له أن يستوفى كل الدين من كل منهما إذ ليس له إلا دين واحد ولأن أداء واحد منهما يبرئ ذمة الآخر عما أدى ، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية ، وأساس ذلك أن ذمة كل منهما

مشغولة بالدين جميعه فكان له مطالبه أيهما شاء اجتماعاً وانفراداً ، وهذه أيضاً رواية عن مالك جرى عليها العمل في بعض البلاد .

وفي رواية أخرى عنه ليس للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كان حالاً والأصيل حاضر موسر ليس ذا لد في الخصومة ولا عاقل في الوفاء — وكذلك إذا كان الأصيل غائباً وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن في الوفاء على الأصيل — وذلك لأن الدين إنما وجب ابتداء على الأصيل، والقضاء على الضامن بالدين لو قضى به عليه قضاء على الأصيل ، ولم يكن ضمان الكفيل إلا للثبوت — والتزام الدائن بالدين حينئذ أقرب إلى إنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء ، وإذن فلا موجب حينئذ لازعاج الضامن بمطالبته والتنفيذ عليه في ماله ، وذلك اعتباراً بحال المرتهن، فكما أنه لا سبيل له إلى الرهن إلا عند عدم (١) الرهن وامتناعه عن الوفاء فكذلك لا سبيل إلا الكفيل إلا عند عدم المكفول عنه .

أما في غير هذه الأحوال فيحق للدائن مطالبة الضامن لالتزامه بالدين وحاجة الدائن إلى ذلك كما يحق له مطالبة الأصيل أيضاً — وهذه الرواية هي التي رجع إلى القول بها مالك وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهي أظهر الروايتين في المذهب (٢) وعليه العمل في القضاء .

وإذا شرط الضامن على الدائن في ضمانه ألا يؤخذ الحق منه إلا إذا مات المدين معدماً أو إلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين صح هذا الشرط

(١) السدوم والسدوم الفخر .

(٢) بدائع ج ٦ ص ١٠ نهاية ج ٤ ص ٤٣ مفتي ج ٥ ص ٨٢ منتزح ج ٦٧ ، الدردير

والدسوقي ج ٢ ص ٢٢٨ والمرثي ج ٥ ص ٢٢

عند المالكية ولزم فلا يكون للدائن مطالبة الضامن إلا على أساس هذا الشرط وتحققه .

وإذا تنازع الضامن والدائن في يسار المكفول عنه فقال الضامن أنه موثر وقال الدائن أنه معسر فالرأى الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن وعلى الضامن أن يقيم البينة على يسار المدين وملأته وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ، فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين .

وإذا ادعى الكفيل ان الدائن يعرف ملأه المدين ويسره وانما ينكر ويكابر فيه حلف الدائن على ذلك فإن حلف ألزم الكفيل والدائن رد اليمين على الكفيل فإن حلف برىء من المطالبة ، وقيل أن القول قول الكفيل عند التنازع في يسر المدين ويصدق بلا يمين لأن الغالب على الناس الملأه وعلى الدائن عبء اثبات عسره ، وهذا قول ابن القاسم واختاره بعض المالكية ، وعند عدم إقامة البينة على عسره لا يطالب الضامن لأنه « أى الضامن ، مصدق في يسر المدين ولا يطالب المدين في هذه الحال لاقرار « الدائن ، بعدمه إلا أن يقيم الدائن البينة على عدمه أو يتجدد له مال بعد ذلك فيطالب عندئذ - وفي الواضحة : قال ابن القاسم « ليس على الحميل سبيل حتى يبدأ الدائن بالمدين ، وذلك عند النزاع في يسار المدين (١) .

ولذا كفّل الدين أكثر من واحد فإن كفّل به كل واحد منهم بعقد منفرد كان الحكم بالنسبة لكل واحد منهم كالحكم فيما سبق فيكون الدائن قبل كل واحد منهم من الحقوق ما له قبل الكفيل المنفرد الواحد لأن كل واحد كفيل بكل المال فلا يؤثر في ضمانه أن يضمته غيره إذ يجوز أن يضمن المال الواحد كثير ، وإلى هذا ذهب القانون المدني أيضاً ، المادة ٣٩٢ / ٢ إلا عندما يحتفظون بحق التقسيم بينهم ،

وإن كفّلوا بالدين بعقد واحد فكذلك الحكم على قول عند الشافعية إذ يعد كل منهم كفيلاً بكل الدين ، وفي قول آخر ينقسم الدين عليهم حسب رؤوسهم لأن الضامن للدين مجموعهم فصاروا في ضمانه شركاء وهو ينقسم عليهم فوجب أن ينقسم عليهم ، فإن كانوا ثلاثة طوّل كل واحد منهم بثلثه وإن ضمنه إثنان طوّل كل واحد منهما بنصفه وهكذا ، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية أيضاً ، وبه أخذ القانون المدني ، المادة ٧٩٢ إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، غير أن المالكية قد اشترطوا في ذلك ألا يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض فإذا اشترط ذلك عليهم كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدماً ، أما إن حضروا جميعاً أملياً فانه يتبع كل واحد منهم بحصته فقط حسب انقسام الدين عليهم ، وجملة القول في هذه الصورة إن الأحوال فيها أربع :

١ - أن يتعدد الحملاء وليس بعضهم حميلاً عن بعض ولم يشترط الدائن عليهم أخذ أيهم شاء بكل دينه ، وفي هذه الحال لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بحصته من الدين إن أعدم المدين مطلقاً أو كان موسراً وهو غائب ، ولا مال له حاضر ، أو له مال حاضر لا يمكن التنفيذ فيه أو كان ذا لد في الخصومة .

٢ - أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل واحد منهم صاحبه ولم يشترط عليهم الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه ، وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إن غاب الباقي أو أعدم مع مراعاة غيبة المدين أو إعدامه أيضاً على ما تقدم وإلا أخذ المدين وحده .

٣ — أن يتعدد الحلاء وقد ضمن كل منهم صاحبه واشتراط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء . وفي هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً — وللغارم في هاتين الحالتين الثانية والثالثة أن يرجع على أصحابه كما يكون له الرجوع أيضاً على الغريم .

٤ — أن يتعدد الحلاء ولم يضمن بعضهم الآخر ولكن اشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء . وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بكل الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً ولكن لا يكون للغارم أن يرجع على أصحابه لأنه ليس ضامناً وإنما يكون له حق الرجوع على المدين فقط (١) .

وعند الشيعة إذا تعدد الضامن فضمن إثنان أو أكثر الدين في وقت واحد بعقد واحد صح الضمان وانقسم الدين عليهم كما هو الرأي عند غيرهم ، وإن ضمنه كل منهم بعقد صح ضمان الأول منهم فقط لأنه ضمان صادف ذمة مشغولة بدين ولم يصح ضمان من بعده لأن ضمانه صادف ذمة برئت من الدين بال ضمان السابق .

وفي القانون المدني يجوز للدائن أن يطالب كلا من المدين والكفيل ولكن لا يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء إذا كانت مطالبة المدين الأصلية ممكنة ، فإذا امتنعت امتنع تبعاً لذلك مطالبة الكفيل ، ولذا كان التأجيل للأصيل تأجيلاً للكفيل ، ولكن قد تجوز مطالبة المدين الأصلية ولا تجوز مطالبة الكفيل . وذلك كما إذا كان للكفيل أجل ليس للأصيل كأن كان له هذا الأجل لاشتراطه في عقد الكفالة أو لغير ذلك من الأسباب لأن التأخير الذي يخص به الكفيل لا يتمتع به الأصيل .

(١) منح الجدل ج ٢ ص ٢٦٧ ، والدرسي ج ٣ ص ٣٤٣ ونهاية المحتاج ج ٤

ص ٤٤٤ والمدني ج ٥ ص ٩٥ والبحر ج ٦ ص ٢٦٣ وتحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٣ .

وإذا كانت مطالبة الأصل يمكنه جاز للدائن مطالبة الكفيل إذا لم يكن الدين مؤجلاً بالنسبة له على أن تكون بعد مطالبة الأصل وعجزه عن الوفاء أو معها ، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي وذلك بناء على المادة ٧٨٨ / فقرة ١ مدني إذ تنص على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . وهي تدل بمفهومها على أنه يجوز للدائن أن يرجع عليهما معاً ولو لم يسبق ذلك رجوعه على المدين الأصلي . والمراد بالرجوع فيها خاصته أمام القضاء ومطالبته بالوفاء وكذلك اشترطت هذه المادة فقرة ٢ / ألا ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق - وإذا كان يجب عليه التمسك بهذا الحق ليدفع التنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين من أمواله ، جاز التنفيذ على أمواله إذا لم يبد ذلك لاعتباره حينئذ متازلاً عن حقه في طلب التجريد ، وكذلك تجوز غصاصته وحده إذا لم يدفع ذلك بوجوب البدء بمخاصمة المدين أو بإشراكه معه في المخاصمة إذ الخطر عليه في هذه الحال أقل من الخطر عليه في الحال السابقة فإذا عد سكوته عن طلب التجريد تنازلاً وقبولاً لمخاصمته في هذه الحالة مع ما هو معرض له من خطر حين ذلك ، فأولى أن يعد سكوته في الحال الثانية قبولاً لمخاصمته ، وتنازلاً عن حق مخاصمة المدين معه ، وبناء على ذلك فليس يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين الأصلي ، حتى إذا لم تبقى له بقية بعد تجريده منها جميعاً نفذ على أموال الكفيل مادام أن الكفيل قد تمسك بحقه في ذلك . وهذا ما يسى في التشريع الوضعي بحق التجريد .

وإذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا الدين بعقد واحد ، فقد ذكرنا

أنه لا يلزم كل منهم إلا بحصته من الدين بعد قسمته عليهم ماداموا غير متضامنين ، ولكل منهم حق التجريد بالنسبة لحصته أيضاً ، وعلى ذلك فليس للدائن أن يطالب أياً منهم إلا بحصته وذلك بعد مطالبة المدين أو معها ، وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بقدر هذه الحصة وذلك بعد ملاحظة حقه في طلب التجريد إذا تمسك به إلا إذا كان متضامناً معه فإنه حينئذ يحرم من حق التقسيم فينفذ عليه في أمواله بكل الدين بناء على تضامنه مع المدين ومن كفلة ، كما يحرم كذلك من حق التجريد بناء على هذا التضامن .

ومن هذا يرى أن ما ذهب إليه القانون المدني يتفق في روحه وفي بعض شروطه مع مذهب المالكية على الرواية الثانية .

فيما للكفيل من حقوق :

ما للكفيل من حق قد يكون له قبل الدائن ، وقد يكون له قبل المدين المكفول عنه ، وقد يكون له قبل كفيل آخر .

فيما للكفيل قبل الدائن من حقوق :

جاء في الحديث أن الكفيل غارم ، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالاته عبثاً يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره — وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحق في أن يطلب إلى الدائن المضمون له عندما يفلس الأصل أن يطلب منه بيع مال الأصل ليوفي منه دينه أو بما يخصه منه وذلك قبل الرجوع عليه — إن كان للأصل غرماء آخرون — على أن يدفع للدائن ما يبقى له من دينه قبله لأن كان له بعد هذا الوفاء بقية منه .

وثبت هذا الحق للضامن مشروط بأن يكون الضمان يأذن الأصيل ،
أما إذا كان قد ضمن بغير اذنه فلا يحق له هذا الطلب ، لأنه وقد ضمن بغير
أذنه وطن نفسه على ألا يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء وأذن
يكون ضياع ما ينقص الدائن من مال الأصيل إذا ما ضاع عليه لا يترتب عليه
الزامه بشيء لم يوطن نفسه عليه وهذا مذهب الشافعية .

كما ذهبوا أيضاً عندما يكون الضمان يأذن المدين إلى أنه يحق للضامن
إذا ما توفي الأصيل قبل الوفاء عن تركه أن يطالب المضمون له بأن يأخذ
منها ما يفي به دينه أو ما يخصه منها عند المزاخرة أو يبرئه ليتجنب بذلك احتمال
تلفها وعدم الرجوع فيها إذا ما وفى الدين من ماله . أما إذا لم يكن الضمان
يأذن فلا يحق له هذا الطلب كما في الحال السابق ، وقال بعض الشافعية لو قيل
بأن له هذا الحق في هذين الحالين لم يبعد هذا القول عن الصواب حتى
لا يناله ضرر فيهما إلا أن يقال بأنه مقصور في كفالته بدون استئذان المدين
الأصيل (١) .

وكذلك ذهب المالكية إلى أن للضامن إذا ما طالبه الدائن بالدين أن يدفع
طلبه بما يأتي :

أولاً - أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبة الإبعاد
مطالبة المدين ، وظهور مجزئه عن الوفاء أو أن الوفاء من ماله متعذر بسبب
من الأسباب فإذا تبين أن المدين حاضر موسر ، ولا يتعذر الوفاء منه لم يكن
للدائن حق مطالبة المدين على أشهر الروايتين عن مالك ، وهي الرواية التي
رجع إليها في آخر حياته كما بينا .

ثانياً - أن يدفع بأن للدين مالا حاضراً يمكن الوفاء منه من غير مشقة ، وإن لم يكن الدين حاضراً ، فاذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته على هذه الرواية .

كما جعلوا له أيضاً حق الاعتراض على تأجيل الدائن الدين للدين عند يساره ويكون له في هذه الحال أن يخير الدائن بين أمرين :
أما إبراؤه من الكفالة وامضاؤه التأجيل ، ولما عدوله عن التأجيل ، وذلك بناء على تلك الرواية أيضاً .

أما عند اعساره فإنه يجب انظاره شرعاً ، واذن لا يحق للضامن الاعتراض على ذلك ، كما لا يحق له الاعتراض أيضاً إذا ما أخرج الدائن مدينه عند يساره ، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت ، وكذلك إذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصداً لإبطال الضمان ، أما إذا طلب منه المدين على ذلك فنسأل فان الضمان يسقط ، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك ،

وكما جعلوا له حق الاعتراض على التأجيل جعلوا له أن يلزم الدائن بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس إذا كان المدين مليئاً قادراً على الوفاء ، والا أسقط عند الكفالة . وذلك خشية افلاس المدين بعد ذلك (١) وسواء في ذلك أن يكون الضامن قد توجهت إليه مطالبة بالدين أم لم توجه - والظاهر أن المدين إذا كان قادراً على الوفاء يبعث الدين كان للضامن أن يطلب إلى الدائن مطالبته بما يقدر على الوفاء منه أو يعثره من الكفالة به لأن بعض الدين يعد ديناً مكفوفاً أيضاً ، وقد يطرأ الإعسار على المدين في ذلك القدر أيضاً فينال الضامن ضرر .

(١) واجم الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٢٨ ، ص ٢٢٩ ، ص ٢٢٨ ، ص ٢٢٠ ، ص ٢٢٠ ،

وسم الجليل ج ٣ ص ١٦٠ .

فما للكفيل من حق قبل المكفول عنه :

أولا - إذا كانت كفالته بأمر المدين كان له الحق عند الحنفية في أن يطالب المدين بتخليصه من الكفالة إذا ما طالبه الدائن بالدين وذلك بأن يؤدي الدين للدائن كما له الحق في ملازمته إذا لازمه الدائن وحق المطالبة بحبسه إذا ما طلب الدائن حبسه ، وهذا كله مشروط بالألا يكون الكفيل مدينا للمكفول عنه بمثل الدين المكفول به ، فإن كان مدينا للمكفول عنه بذلك لم يكن له حق مطالبته بتخليصه من الكفالة ولا حق الطلب في حبسه ولا حق ملازمته إذ عنه أن يؤدي دين الطالب ، فإذا أدى سقط بذلك ما للمكفول عنه من دين قبله دون أن ينال الكفيل أى ضرر وذلك بطريق المقاصة .

وانما كان له ذلك لأن المدين هو الذى أوقعه فيما صار إليه من عنت من مطالبة الدائن إياه أو ملازمته أو حبسه فكان له بسبب ذلك أن يعامله بمثل ما يعامل به .

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فليس للكفيل الحق في شئ من ذلك لأنه متبرع بها وبأداء الدين عن المدين والمتبرع ليس له حق الزام غيره بما التزم به وهذا كله عند الحنفية^(١) .

هذا وليس للكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يسلم ما به وفاء الدين إليه ليوصله إلى الدائن لأن الوفاء إذا وجب بحلول الدين فإنه يجب على الأصيل في ماله أو على الكفيل في ماله لا في مال الأصيل ، ومن أراد الوفاء كان الوفاء من ماله وكان له ولاية دفعه إلى الدائن .

(١) راجع الزملى وحاشيته الغلبى وعليه ح س ١٥٦ والبدائع ج ٦ ص ١١ .

ولكن يجوز للأصيل اختياراً أن يدفع ما به الوفاء إلى الكفيل ليوصله إلى الدائن قبل أن يقوم الكفيل بالوفاء فإذا دفع الأصيل إلى الكفيل ما به الوفاء ، وكانت الكفالة بأمره ، فهذا على وجهين : أحدهما أن يدفعه إليه على وجه القضاء . الثاني أن يدفعه إليه على وجه الرسالة ، أى ليكون رسولا من قبله في توصيله إلى الدائن لا باعتبار أنه كفيل مطالب وقد دفع إليه وفاء ، حتى لا يكلف الوفاء من ماله الخاص .

فإذا كان قد دفعه إليه على وجه القضاء عنه فإنه يمتلكه بمجرد قبضه ، ولا يملك المدين استرداده منه بعد ذلك ، وأساس هذا - فيما يرون - أن الكفيل قد صار بالتزامه مطالبا بأداء الدين من ماله واجبا عليه وفاؤه منه - رضى أم أبى كما استوجب أمره بالكفالة أن يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا ما قام بالوفاء به وصار بسبب ثبوت هذا الحق له منذ قيامه بالكفالة كدائن الأصيل بدين مؤجل إلى وقت الأداء ، وكان للمدين أن يوفيه قبل أجله شأن كل دين مؤجل ، فإذا أعطى المدين للكفيل ما به وفاء دينه قبل أن يقوم الكفيل بأدائه للدائن فإنه يعتبر كأنه وفى ما عليه للكفيل قبل أجله فيملك الكفيل بقبضه ، ولا يملك المدين بعد ذلك أن يسترده لذلك ، ويؤيد ذلك ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للكفيل أن يأخذ من الأصيل رهنا بهذا الدين المكفول به فيكون لديه إلى أن يخلصه المدين من الكفالة . ومن أن الكفيل إذا أبرأ الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الدائن شيئا جاز ذلك ، وترتب عليه أن الكفيل إذا أدى الدين بعد ذلك إلى الدائن لم يرجع على المدين بما أدى غير أن المدين لا يبرأ بالدفع إلى الكفيل بالنسبة إلى الدائن بل يستمر الدائن على حقه في مطالبة كل من الكفيل والمدين بالدين فإذا وفاه الكفيل فقد برىء وبرىء المدين ، وإذا وفاه المدين قبل أداء الكفيل برىء هو والكفيل من الدين ، وتبين أن ما دفعه إلى الكفيل لم يكن على وجه القضاء بل كان أمانة ، ولذلك كان له عندئذ حق

استرداده . أما قبل ذلك فليس له الحق في أن يسترده لما ذكرنا . ولأن حق القابض له وهو الكفيل قد تعلق به على احتمال قيامه بقضاء الدين فلا يسترده مادام هذا الاحتمال باقيا ، وذلك كمن يحل الزكاة فدفها إلى الساعي قبل وقت وجوبها : وكمن اشترى سلعة بشرط الخيار للبائع ونقد الثمن ثم أراد أن يسترده قبل مضي مدة الخيار وقبل أن ينقض البائع العقد إذ ليس لأحدهما ذلك لأن دفع المال كان لغرض وهو أن يصير زكاة في الحال الأولى عند حلول الوقت . وثمنا في الحال الثانية بعد مضي مدة الخيار بلا نقض للعقد ، وما دام هذا الاحتمال باقيا فإن حق القابض يستمر فلا يجوز الاسترداد منه .

الوجه الثاني : أن يدفع المدين الدين للكفيل على وجه الرسالة بأن يقول له خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب نيابة عني ، وفي هذه الحال لا يصير المال المؤدى ملكا للكفيل بل أمانة في يده ولكن مع ذلك لا يكون الأصل حق استرداده من الكفيل أيضاً لتعلق حق الطالب به وهو وفاة الدين منه . وفي استرداده إبطال لهذا الحق فلا يمكن منه ما لم يقيم قبل ذلك بقضاء دينه كما في المسألة الأولى .

وقد فرغنا على ما تقدم أن الكفيل إذا أتمج فيما دفعه إليه المدين فربح قبل أن يقوم بالوفاء فإن كان الدفع على وجه القضاء طاب له الربح لأنه تمام ملكه في هذه الحال وليس عليه أن يتصدق به سواء أقام هو بالوفاء بعد ذلك أم قام به المدين ، غير أن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان المدفوع مما يتعين بالتعيين كالعروض ، فعليه أن يعطي الربح إلى المدين استحساناً وفي موضع آخر قال : يتصدق به ولا يطيب له ، أما الصاحبان فقد ذهبا إلى أن الربح يطيب له مطلقاً .

أما إن كان الدفع على وجه الرسالة فإن الربح لا يطيب له على قول

الطرفين لعدم تملكه مادفع إليه وطيب له عند أبي يوسف إذا كان المدفوع نقوداً لعدم تعيينها بالتعين^(١) .

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فإن الدفع إلى الكفيل في هذه الحال يعد على وجه الرسالة دائماً إذ ليس للكفيل حق قبل المدين حتى يكون الدفع إليه قضاء عن ذلك الحق . وقد بينا حكم هذه الحال .

وذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا ضمن من غير إذن المضمون لم يجوز له مطالبته بتخليصه لأنه لم يدخل في ضمان بإذنه فلم يلزمه تخليصه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

وإن ضمن بإذنه فطالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بأن يخلصه ، لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه إذا حاول ، وهو رأى الحنفية أيضاً ، وإن لم يطالبه الدائن ففيه وجهان :

أحدهما أن يكون له حق مطالبته بتخليصه لأنه شغل ذمته بأدين بإذنه فجاز له أن يطالبه بتفريغ ذمته ، كما إذا أعاره عيناً ليرهنها كان له أن يطالب المستعير بتخليصها .

ثانيهما : ليس له ذلك وهو الصحيح في المذهب لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرّم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالب . وهذا بخلاف مسألة العارية ، لأن في العارية ضرراً واقعاً على المعير هو حبس العين ومنعه من التصرف فيها ، ولا عليه في مجرد شغل ذمته بدين لا يطالب به .

فإن دفع المدين مالا إلى الضامن وقال له خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء

(١) واجم البهائم ج ٦ ص ١٤ والبطي ج ٤ ص ١٦١ و ١٦٢ .

ففيه وجهان : أحدهما أن الضامن يملكه بالقبض ، وهو مذهب الحنفية ، لأن الرجوع على المدين يتعلق بسبين : الضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما جاز تقديم الوفاء لذلك كإخراج الزكاة قبل حلول الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث ، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه لما قبض ، وإن أبرى المدين من الدين قبل القضاء وجب عليه رد ما أخذه كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصيب قبل حلول الحول .

والثاني - لا يملكه لأنه لم يأخذه بدلا عن واجب وإنما أخذه بدلا عما يجب في ثاني الحال ، فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البذل فضمنه لذلك كالمقبوض على مؤم البيع (١).

وعند مالك للضامن الحق في مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان ويجبره على ذلك سواء أطالبه الدائن بالدين أم لم يطالبه وذلك عند حلول الدين كما أن له أن يطالب الدائن إذا ما حل أجل الدين أن يخلصه من الضمان إذا ما سكت فلم يطلب من الأصيل الوفاء فيقول له إما أن تطلب حقه من المدين أو تسقط عني الضمان - كما تقدم . وسواء في ذلك أن تكون الكفالة باذن المدين أو بدون إذنه إذ للضامن حق الرجوع على المدين في الحالين عند المالكية كما سيأتي ، وليس للضامن مطالبة المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليوصله إلى الدائن لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه ، غير أنه إذا دفعه إليه فملك عنده ضمنه للمدين إن كان قد قبضه على وجه الاقتضاء ، واستمر للدائن حقه في مطالبة المدين - وعلى هذا لو طالبه الكفيل بذلك فدفع إليه ما به الوفاء ثم تلف عنده أو هلك كان ضامناً له سواء أكان هلاكة نتيجة تفريط أم لا - لأنه قد تسلم المال على وجه القضاء . أما إن تسلمه على وجه الرسالة بأن أرسله المدين إلى

الدائن بالدين ليوصله إليه فضاء منه أو تلف من غير تفريط فلا يضمنه لأنه أمين حينئذ . والفرق بين قبضه على وجه القضاء وقبضه على وجه الرسالة أن الدفع على وجه الرسالة يكون بأداء المال إليه من غير مطالبة من الضامن وليس معه اشتراط براءة المدين من الدين ، كذلك يكون في توكيله في توصيل المال إلى الدائن وأن يسلمه المال على هذا الوضع .

وجملة القول في ذلك أن قبض الكفيل المال يكون على خمسة أوجه :

الأول : أن يقبضه على وجه الرسالة ، وفي هذه الحال إذا ما ظل المال قائماً لدى الكفيل يكون الدائن مخيراً إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصل فله أن يتبع أيهما شاء دون أن يتقيد في ذلك بأن يكون قد اشترط ذلك أو بأن يكون الضامن معدماً ونحوه ، فإن تلف المال في يده وكان تلفه من غير تفريط ولا تعد فلا يضمنه الكفيل لأنه أمانة في يده ، ويبقى عليه الطلب بمقتضى الكفالة حينئذ على ما بينا في حكمها من البداء بمطالبة الأصل أو بتخير الدائن في مطالبة أيهما شاء على اختلاف الرواية في ذلك وإن كان قد فات المال بتفريط من الكفيل أو باتلافه ضمنه للأصل فإن غرمه الكفيل للدائن فلا تراجع بينه وبين الأصل وإن غرمه للأصل فإن الدائن يبقى على حقه الثابت له بالكفالة قبل كل منهما على ما بينا .

الثاني : أن يقبضه وهو وكيل عن الدائن في ذلك - والدائن مقر بذلك - وفي هذه الحال يبرأ المدين والكفيل بهذا الدفع لسقوط الدين به وكذلك إذا أنكر الدائن الوكالة ، فقامت عليها الحجة ولألا كان القول قول الموكل وحينئذ يكون الخليل ضامناً لما قبضه .

الثالث : أن يقبضه على وجه الاقتضاء لما يحكم حاكم على وجه يصح القضاء به كما إذا غاب الدائن وحل أجل الدين وخاف الكفيل لمعاداة المدين

أو حدوث الفلاس ، فإن الحاكم حينئذ أن يأمره بقبض الدين ، ولا تبرأ ذمة المدين بذلك بل يكون للدائن إذا حضر مطالبة من شاء منهما سواء أظل المال قائماً لدى الكفيل أو فات ، غير متقيد بشيء كما تقدم ، ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط ويأخذ حكم هذه الحال أيضاً ما إذا طلب الكفيل المدين بالأداء إليه فدفعه إليه بناء على طلبه أو دفعه إليه من غير طلب مشتركاً عليه براءة ذمته بذلك الدفع فالحكم في هذه الأحوال واحد .

الرابع : اختلافهما في صفة القبض فيدعى الكفيل أنه كان على وجه الرسالة ويدعى الأصيل أنه كان على وجه الاقتضاء ولا يئنه . وفي ذلك قولان أحدهما أن القول قول المدين ، وهو قول مالك ، قياساً على قوله في القرض ، وثانيهما أن القول قول القابض ، وهو قول أشهب وغيره ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وسبب هذا الخلاف تعارض أصليين ، أحدهما اتفاقهما على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه القابض ، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه ، فلا يقبل ذلك منه إلا بدليل - وثانيهما أن الأصيل عندما يجتمع موجب الحظر مع موجب الإباحة أن يغلب موجب الإباحة . وقد ادعى الكفيل قبضاً صحيحاً ، وادعى الأصيل قبضاً فاسداً فوجب أن يكون القول قول القابض وهو الكفيل . لأنه إنما يدعى أمراً مباحاً والأصيل قد ادعى الفساد لأن الكفيل ليس له القبض نيابة عن الدائن .

الخامس : إيهام الأمر وذلك لانعدام القرائن بعد موت كل منهما ، وفي هذه الحال القولان السابقان (١) .

وقال الشيعة الجعفرية إذا كان الضمان بغير إذن المدين لم يأن للضامن

(١) راجع منح الجليل ج ٣ ص ٢٦١ وما بعدها والفرح الكبير ٤-ردير ج ٢

الحق في مطالبة المدين بشيء لأنه قد تبرع عنه بأداء الدين وبرئت ذمته بذلك. وأن ضمنه ياذنه كان للضامن حق مطالبة بالدين إذا طالبه الدائن وذهب الشيخ إلى القول بثبوت حق المطالبة له وإن لم يطالبه الدائن إذ له حق الرجوع عليه - وليس للضامن مطلقا مطالبة المدين بتسليم المال إليه قبل أن يقوم هو بالوفاء حتى ولو زعم أنه إنما يريد توصيله إلى الدائن (١)، وعلى هذا فليس في مطالبة بالأداء فائدة قبل أداء الضامن إلا إذا كان الغرض منها أن تكون وسيلة إلى أداء الدين إليه اختياراً.

ثانياً - حق الضامن في الرجوع على المدين :

اجتمعت كلمة الفقهاء على أنه ليس للضامن أن يطلب إلى المدين أن يسلمه ما به وفاء الدين قبل أن يقوم بأدائه إلى الدائن، أما إذا قام بأدائه إلى الدائن وكان أداؤه إليه يئنه انتبرع عن المدين وعدم الرجوع لم يكن له حق الرجوع عليه اتفاقاً، وإلا ففي ثبوت حق الرجوع على المدين بما أدى أربعة مذاهب، منها مذهب لا يجعل له حق الرجوع مطلقاً ومنها مذهب يجعل له حق الرجوع مطلقاً وبين هذين مذهبان وسطان وهما كالتفصيل.

المذهب الأول - ذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن فيبرأ بها المدين ثم لا يكون للضامن بعد ذلك حق الرجوع عليه مطلقاً سواء أكان الضمان بأمر المدين أم بغير أمره لأنه قد التزم بالدين متبرعاً فلا يكون له بناء على ذلك حق الرجوع على المدين إلا إذا قال له أد الدين عني . فإنه يعد بمثل هذه العبارة وما في معناه مستقرضاً من الضامن ما به وفاء الدين وموكلاً لإياه في أدائه إلى الدائن وبناء على ذلك يكون له حق

الرجوع إذ أدى بحكم القرض لا بحكم الكفالة (١).

المذهب الثاني : ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن غير متبرع عن الدين بل بنية أن يرجع عليه كان له حق الرجوع عليه بما أدى على التفصيل الآتي : ذهب المالكية إلى أن الضامن إذا ما قام بأداء ما به وفاء الدين المضمون ثبت له حق الرجوع على الأصيل سواء أكانت الكفالة بإذن المضمون أم بغير إذنه وعندئذ يرجع على الأصيل بمثل ما أدى إذا كان ما أداه الدائن من جنس الدين سواء أكان الدين مثليا أم قيميا فإذا كان الدين خمسة أثواب فأداه الضامن خمسة أثواب من جنسها فإنه يرجع على الأصيل بخمسة أثواب مثليا لا بقيمتها . ذلك لأن الضامن كالمسلف وفي السلف يرجع بالمثل حتى في القومات ، ولا يرجع في هذه الحال بأكثر من الدين كما هو واضح لأن دفع الزيادة إلى الدين يعد ربا أو هبة وفيهما لا رجوع . أما إذا كان الأداء من غير جنس الدين فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذي دفع كما لو كان الدين خمسة دنانير ودفع الضامن وفاء له خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب إذا لم يكن ذلك المقوم قد اشتراه الضامن من ماله أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه مادام أقل من قيمته بشرط ألا يكون في شرائه عاباة وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار العاباة بل يضيع عليه مقدارها .

ولما ثبت حق الرجوع للضامن إذا أدى لأنه قام بوفاء ما كان واجبا على الأصيل فيرجع بما غرم في هذه السبيل ويثبت للضامن حق الرجوع إذا ثبت أدائه يئنة أو بإقرار الدائن - أما إذا أنكر الدائن الوفاء وأقر بذلك المضمون ، ولا يئنة على الدائن فإن كان الضامن قد أدى في غيبة المضمون

فلا رجوع للضامن عليه لتقصيره بترك الإشهاد على الأداء ، ولعدم براءة المدين بذلك أمام الدائن . أما إذا كان الأداء يحضره المضمون فقولان :

أحدهما لا يرجع أيضا لما سبق والثاني يرجع لأن التقصير من المدين من ناحية أنه لم يشهد وكان عليه أن يشهد على الأداء الى الدائن لتبرأ ذمته عند الإنكار من الدائن . والأول أقوى في المذهب لأن الأداء من الضامن والمال ماله لا مال المدين فالإشهاد حينئذ يكون عليه لا على المدين .

هذا إذا كان الضامن قد أدى من ماله ، أما إذا كان الأداء من مال للمدين بأن كان المدين قد دفعه اليه ليؤديه الى الدائن ثم أنكر الدائن ولا بينة فان كان الدفع في حضرة المدين فلا يضمنه الضامن ويغرمه المدين ثانيا بعد يمين الدائن ، ويظل الدائن على وضعه الذي كان قبل دفع المال الى الضامن ليؤديه الى الدائن فان أعدم المدين أو غاب أخذ الدين من الضامن مرة أخرى لتقصيره بعدم الإشهاد وبقاء كفوالاته ولا يرجع به على المدين لعله بأن ذمته بريئة ولا شيء عليه للدائن - وإن كان الدفع في غيبة المدين ضمنه له لأنه أتلفه بترك الإشهاد على دفعه ، ويظل الدائن على وضعه بالنسبة إليهما .

وإذا أراد الخليل مصالحة الدائن فان في ذلك خلافا عند المالكية ، قيل لا يجوز مطلقا لما في جوازه من الزام المدين بما لم يلتزم وقيل يجوز مطلقا فيصالح الخليل الدائن عن الدين بما يجوز لدين الصلح بما عليه له لأنه في منزله وساع في براءة ذمته فما جاز للفرع أن يدفعه عوضا عما عليه يجوز للحميل أن يدفعه كذلك ومالا فلا مع ملاحظة استثناء مسألتين :

الأولى : الصلح بدنانير عن دراهم أو بدراهم عن دنانير بعد حلول الأجل .

الثانية : الصلح عن طعام مسلم فيه بعد الأجل بأدنى منه أو بأجود منه

فإن الصلح في هاتين المسألتين جائز للفرع وليس جائزاً للضامن .

وإنما لم يجوز الضامن في المسألة الأولى لما يترتب على قيام الضامن بالصلح فيها من حدوث صرف متأخر بين الضامن والمدين، لأن ذمة المدين مشغولة أما بدنائير وأما بدراهم على حسب اختلاف الحال وسيرجع عليه الضامن بصرف ذلك من غير جنسه إذ يرجع عليه بما دفع من دراهم في مقابل دنائير عليه أو بما دفع من دنائير في مقابل دراهم عليه وذلك صرف مؤخر عن وقت دفع البدل وهو ممنوع .

ولم يجوز في المسألة الثانية لأن رب الدين وهو المسلم يعد أنه قد باعه للضامن قبل أن يقبضه من المسلم إليه وهو المدين وهو تصرف ممنوع - ذلك لأن الضامن قد تملكه بما دفعه للمسلم قبل أن يقبضه المسلم من المسلم إليه وذلك منهى عنه .

وذهب آخرون إلى رأى ثالث هو أن الصلح يجوز إذا كان بمثل بمثل لجنس الدين . اذ يكون صلحا عن مثل جنسه أو كان بمقوم بمثل لجنس الدين أو مخالف له اذ يكون حينئذ مبادلة بين الدين وبدل الصلح أما اذا وقع بمثل مخالف لجنس الدين سواء أكان الدين مثليا أو مقوما فلا يجوز لما يترتب على ذلك من غرر بالضامن فيما سيأخذه من المدين . وذلك لتخير المدين في هذه الحال بين أن يدفع الدين وبين أن يدفع ما أدى عنه فعلا وأصح الأقوال أوسطها وهو القول الثاني .

وإذا تم الصلح بين الخيل والدائن رجع الخيل على المدين بالآقل من الدين ومن قيمة المصالح عليه الذي هو بدل الصلح .

وإذا وهب الدائن الدين للضامن صحته الهبة ولكن لا تتم الا اذا قبض الضامن الدين فعلا من المدين قبل حدوث المانع من الهبة للواسب وبناء على هذا يكون للضامن مطالبة المدين بالدين لحوائه على الدائن بالهبة كما يكون له

كذلك مطالبته به إذا توفى الدائن وكان الضامن وارثه الوحيد فإن الدين ينتقل إليه ميراثاً ويطالب المدين وفي الحالين تنتهي الكفالة .

وإذا كان الدين المضمون مؤجلاً على المدين وضامته ثم حل بالنسبة إلى أحدهما بحلول الأجل بالنسبة له لم يحل الدين على الآخر منهما ما دام أجله باقياً . كما يحل أيضاً بالنسبة إلى أحدهما بموته أو فلسه قبل حلول أجله وعندئذ يؤخذ الدين من تركته ولا يمنع من استيفائه من تركه الضامن إذا ما توفى أو فلس مع حضور المدين ملياً .

وجملة القول أن الضامن إذا مات أو أفلس قبل حلول أجل الدين خير الدائن بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل ويتبع المدين وبين أن يتعجل الوفاء يأخذ الدين من تركه الضامن . فإذا تعجل لم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المدين بما دفعوا عنه من تركه مورثهم في حال الموت كما لم يكن للضامن في حالة الفس أن يرجع بما أخذ الدائن من ماله إلا بعد حلول الأجل بالنسبة للدين أو بعد موته . وإذا كانت وفاة الضامن أو فلسه عند حلول الأجل بالنسبة للدين لم يكن للدائن طلب في مال الضامن إذا كان المدين حاضراً ملياً والا كان له حق الطلب كما تقدم (١) .

وذهب الحنابلة إلى أن الضامن إذا أدى الدين عن المدين بنية الرجوع عليه كان تحت ذلك أربعة أحوال .

الحالة الأولى : أن يكون الضامن قد ضمن المدين بأذن المدين ثم أوفاه كذلك ياذنه وفي هذه الحال يرجع عليه سواء قال له المدين اضمن هذا الدين

(١) المحرشي ج ٥ ص ٣١ والشرح الكبير للمردير والدعوى عليه ج ٣ ص ٢٢٧

عنى وأده عنى أو أطلق فلم يقل له إلا ما يفيد إذنه بالضمان والإداء دون أن يقول له افعل ذلك عنى — وإلى هذا ذهب مالك كما تقدم وهو مذهب :
أبي يوسف من الحنفية .

الحال الثانية : أن يكون الضامن قد ضمن باذن المدين ولكنه قد أداه بدون إذنه وفي هذه الحال يكون له حق الرجوع على المدين أيضاً وهو مذهب مالك كما تقدم ورواية عن الشافعى وفي رواية أخرى عنه أنه لا يرجع عليه في هذه الحال إلا إذا كان قد تعذر الأداء على المدين فأدى الضامن بناء على ذلك . أما إذا كان للمدين مال ثم أدى فانه يكون متبرعا بالأداء فلا يرجع — ويرى الحنابلة والمالكية أن إذن الضامن في الضمان يعد إذناً له في الأداء عرفاً فكان له بسبب ذلك حق الرجوع ولا يعد متبرعا .

الحال الثالثة : أن يكون الضامن قد ضمن الدين بدون إذن من المدين ثم أداه كذلك بدون إذنه وفي هذه الحال له أن يرجع على المدين أيضاً وهو مذهب مالك ، وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يرجع ، وهى أيضاً رواية عن أحمد ومذهب ابن المنذر ، ووجه هذه الرواية حديث أبي قتادة إذ أنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير إذنه ما برئت ذمة الميت بضمان أبي قتادة ولم يصل النبي صلى الله عليه وسلم على المتوفى لشغل ذمته عند تدينه لأن أبي قتادة إذا ما أدى عنه ولكن النبي صلى الله عليه وسلم صل عليه قبل الأداء فدل بذلك على براءة ذمته . وقد ضمن أبو قتادة ديناً بلا إذنه . ووجه الرواية الأولى أن قضاء الضامن في هذه الحال قضاء مبرىء عن دينه . اجب على المدين فكان ضمان هذا الأداء عليه إذ قيام الإنسان بقضاء ما هو واجب على غيره يستلزم حق رجوعه عليه مادام لم يكن متبرعا كما هو ظاهر من واقعة الحال لعلمه بأن الميت قد توفى ولم يترك شيئاً .

الحال الرابعة : أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين ، ولكنه أدى الدين بإذنه وفي هذه الحال فللضامن حق الرجوع أيضاً ، لأن أذنه بالقضاء دل على إرادة قيامه عنه فيه ، وغالف في ذلك الشافعى .

ويرى الحنابلة أن الضامن إذا ما أدى إلى الدائن ما به برئت ذمة المدين بالنسبة إلى الدائن فانما يرجع بأقل المبلغين : مقدار الدين ، وقيمة مادفعه ، لأن الدين إذا كان أقل مما دفع كان الضامن متبرعا بالزيادة وهى غير واجبة على المدين ، وإن كان الدين أكثر فان الضامن لم يفرم في هذا السبيل إلا ما دفع فلا يرجع بأكثر منه . ولهذا لم يكن للضامن أن يرجع بشئ إذا ما أبرأ الدائن الضامن لأنه لم يفرم شيئاً . وإذا أدى الضامن الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع به على المدين قبل أجله ، وإذا أحال الضامن الدائن على ثالث كان ذلك بمنزلة أداء ما به الوفاء اليه فيرجع الضامن على المدين بالأقل مما أحال به ومن قدر الدين ، سواء استولى الدائن من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء منه لفلس أو مطلق لأن الحوالة كالأقباص مبررة لذمة المدين على ماسياتي يانه في الحوالة عند الحنابلة (١) .

المذهب الثالث : ذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا أدى ولم يكن ناوياً التبرع عن المدين كان له حق الرجوع على الأصل لما كان الأصل قد أذنه في الضمان وفي الأداء فان لم يأذنه فيهما أو أذنه في الأداء لافي الضمان لم يكن له حق الرجوع وذلك لتبرعه عند عدم الإذن بهما ولأنه عند الإذن في الأداء فقط قد أدى بناء على ضمانه الذى تبرع به فيكون متبرعا به أيضاً وإذا إذا أذنه في الأداء فقط مشروطا عليه الرجوع كان له حق الرجوع وسواء في ذلك أن يكون ضمانه بعد اذنه في الأداء أم قبل اذنه به . أما إذا أذنه في

الضمان ثم أدى دون أن يأذنه في الأداء فان له حيثنذ حق الرجوع على الأصل في الأصح لأن الضمان هو الأصل فالأذن فيه إذن فيما يترتب عليه شرعا فيرجع لذلك إذ يعد حيثنذ مأذونا فيهما وقيل لا يرجع لجواز أنه قد أدى متبرعا .

وعما يجب أن يلاحظ أن المراد بالأذن هنا هو إذن من يملك أن يوفي دينه بنفسه فليس يعتبر إذن المجنون والمعتوه والصبي الذي لا يملك التصرف في ماله ، وإذا ثبت له حق الرجوع فأنما يرجع بما غرم لا بما لم يغرم فيرجع بالدين إن أداه ويرجع بما أدى إن أدى بعضه وأسقط الدائن الباقي ويرجع بالأقل عما أدى ومن الدين إن صالح عن الدين بخلاف جنسه (١) .

وإذا أحال الدائن دائنا له على الضامن كان ذلك بمنزلة القبض من الضامن المحال عليه لبراءة ذمته بهذه الحوالة فيرجع الضامن بسبب ذلك على الأصل متى كانت الكفالة بالأذن وإن لم يؤد للدائن شيئا وهذا إذا لم يبرئه المحتال فان أبراه لم يرجع بشيء لأنه لم يغرم شيئا ، ورجح البلعيني إن له حق الرجوع وإن لم يغرم شيئا . ذلك لأن الحق ثبت له بمجرد الحوالة فلا يسقط ببراءته من قبل شخص آخر غير الدائن ولكن المعتمد الأول ومثل ذلك في الحكم ما لو وهب الدائن الدين للضامن فانه لا يرجع في هذه الحال على الأصل لأنه لم يغرم شيئا وهذا بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له ثانية فانه يرجع - وإذا ورث الضامن الدين بأن كان وارث - الدائن يرجع به على المدين لحلوله بالميراث محل الدائن .

وإذا ادعى الضامن أنه أدى الدين فكذبه الدائد وصدقه المدين لم يرجع على المدين في الأصح لعدم انتفاعه بأدائه إذ مطالبة الدائن له باقية وقيل يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته أما إذا صدقه الدائن فان له حق الرجوع وإن كذبه المدين لبراءة ذمته .

المنهـب الرابع : أن الكفيل لا يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا أدى عنه الدين إلا إذا كانت الكفالة بأمره وإلى هذا ذهب الحنفية والزيدية والشيعـة الجعفرية .

فقد ذهب الزيدية إلى إعطاء حق الرجوع على الأمر لكل من دفع مالا إلى آخر بناء على أمر من غيره سواء أكان كفيلاً أم رسولاً وسواء أكانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة ، وكذلك جعلوا للكفيل حق الرجوع على المدين إذا أمره المدين بالضمان وأوفى الدين بلا أمره .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن الضمان إذا كان ياذن الأصيل كان للضامن الرجوع عليه إذا أدى سواء أذنه بالأداء إلى الدائن أم لم يأذنه ، ولا يشترط في ذلك تعذر الرجوع على الأصيل . وإذا ضمن بغير إذن الأصيل لم يرجع سواء أدى يأذنه أم بغير إذنه (١) . وإذا رجع الضامن رجوع بأقل المبلغين . قدر الدين وما دفعه للدائن أو قيمته .

وإذا أحال الضامن الدائن على آخر كان ذلك بمنزلة أدائه الدين إليه فيكون له حيثنذ حق الرجوع على من كان مديناً وهو الأصيل متى كان الضمان يأذنه ولكن إذا أبرأ الدائن الضامن من الدين لم يكن له حق الرجوع على الأصيل وإذا أبرأ الدائن من أحيل عليه أو تعذر عليه أن يستوفي منه لنفسه أو مطله لم يمنع ذلك الضامن من أن يرجع على الأصيل . وذلك لما قلنا من أن مجرد الإحالة بمنزلة أدائه الدين وكذلك ذهبوا إلى أن له أن يرجع على المدين إذا أمر من حمة المدين بالوفاء وثبت له حق الرجوع عليه وإذا صالح عن المدين في هذه الحال يبدل وكان البدل من غير جنسه فإنه يرجع بأقل المبلغين الدين ويبدل الصلح .

وذهب الحنفية إلى أن رجوع الضامن على المدين بعد قيامه بأداء ما به وفاء الدين مقيد بأمر ثلاثة :

أولها - أن يكون الضمان بأمر المدين مع ملاحظة أن يكون أمره معتبراً وذلك بأن يكون من مدين له حق الإيفاء . فإذا كان المدين صبيّاً عيماً أو عجزوراً عليه لعته أو سفه فلا اعتداد بأمره . أما إذا كان الصبي مأذوناً له في التجارة فأمره بالضمان معتبر .

ثانيهما - أن يتضمن كلام المدين ما يدل على أمر الضامن بأن يقوم بذلك عنه . كأن تقول له أذنتك بضمان هذا الدين الذي في ذمتي عني أو أضمنته وأده عني أو نحو ذلك . فإذا قال له : أضمن الدين الذي لفلان في ذمتي - ولم يقل عني أو نحوه - لم يكن له بذلك الأمر حق الرجوع عليه عند الأداء ، لأن الذي صدر من المدين مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذ أدى ، ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في إشارات الأسرار : إذا قال مدين لرجل أضمن لفلان ألف درهم أو أقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا إذا كان المأمور خليطاً أو شريكاً - وذلك لما يكون بين الأمر والمأمور في هذه الحال عادة من المعاملة أو المدابنة والأخذ والإعطاء مما يجعل مثل هذا الأمر دالاً عرفاً على الإنابة في هذا الحال .

وقال أبو يوسف يرجع مطلقاً لأن الأداء وجد بناء على الأمر بالضمان فلا بد من اعتبار هذا الأمر فيه ، واعتباره يقتضي أن يكون نائباً عنه في الأداء مطلقاً .

وبرى الطرفان أن الأمر بالضمان يتضمن طلب إقراض وذلك أساس نبوت حق الرجوع الضامن . ولا يتضمن الأمر بالضمان هذا الطلب إلا إذا

تضمن مايدل عل الإثابة كلفظ « عني » فلا بد من اعتبار ذلك فيه .

وقد أورد على ذلك ما إذا قال شخص لآخر أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فإنه إذا أدى عنه لا يرجع عليه مع تضمن الأمر لفظ « عني » ولا يرجع في مثل هذه الحال إلا إذا اشترط الضمان بأن قال له : على أني ضامن فلماذا اشترط في مثل ذلك النص على الضمان واكتفى في الكفالة بذكر لفظ عني مع أن ذكرها في مثل هذه الصور لم يفد حق الرجوع . وأجاب شيخ الإسلام في مبسوطه بأن الأمر قد طلب من المأمور التملك في الصور كلها بمقتضى أمره . لأنه أمر فيها أن يؤدي عنه وأن يكون قاضيا عنه ولن يكون كذلك إلا بعد أن يصير المؤدى ملكا للأمر . إذ لا يؤدي عنه ما ليس له . ولن يكون المؤدى ملكا للأمر بأدائه فعلا للدائن أو لمن أمر بالأداء إليه . فلا يملك شيئا قبل الأداء ، وإذا كان الأمر كذلك فتملك الأمر إنما يثبت له في ضمن ملك القابض إذ لا يثبت الملك كاملا لكل منهما إلا في وقت واحد وإذا ثبت في ضمنه اقتضاء له ثبت على وقته ومثاله فإذا كان الملك الثابت للقابض ملكا مضمونا بالمثل ثبت للأمر مثل ذلك وإذا كان ملكا غير مضمون بالمثل ثبت للأمر كذلك ملك مماثل لذلك . وفي قضاء الدين يثبت للدائن ملك مضمون بالمثل لأنه تملكه بالدين السابق ولذا لو ظهر أن لاديين استرد منه ما قبض وعلى ذلك يثبت للأمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض وكان له بسبب ذلك حق الرجوع في هذه الحال . وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل وهو الملك على وجه الصلة ولهذا لو ظهر أن لا زكاة على الأمر لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مماثل لذلك . وهو ملك لاضمان فيه فلا يكون له حق الرجوع إلا بالشرط . وعلى ذلك يكون الأمر في الكفالة متضمنا طلب قرض إذا تضمن لفظ « عني » وفي الزكاة والكفارات ولا يتضمن طلب انهاب ولو تضمن لفظ « عني » من الفتح ج ٥ ص ٤٠٨ .

وفد يكون الأمر بالضمان أو الكفالة للكفيل ثابتاً حكماً كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها فإن له حق الرجوع في ما له إذا أدى عنه . لأنه ولي عليه والأمر في مثل هذه الحالة إليه فصارت كفالته كأنها قد صدرت من أجنبي بناء على أمره وبذلك ثبت له حق الرجوع في مال الصغير .

وبناء على ما تقدم إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يرجع الكفيل بالمدين إذا أداه عنه خلافاً للمالك واحد لأنه يعد متبرعاً في أدائه وإذا كانت بأمره ولم يتضمن الأمر ما يدل على النيابة رجع عند أبي يوسف خلافاً للطرفين .

هذا . ويلاحظ عند الرجوع على الأصيل ألا يكون الكفيل مديناً له وإلا كان هناك مقاصة بين الدائنين وعند ذلك لا يرجع إلا بزيادة ما أدى إذا كانت هناك زيادة على ما في ذمته من دين للأصيل .

ثالثهما : أن يكون أداء الكفيل قد ترتب عليه إبراء ذمة الأصيل فإذا لم يترتب عليه ذلك لم يكن له حق الرجوع ذلك لأن حق الرجوع قد ثبت على أساس أن الضامن قد حل محل الدائن في الدين بناء على أنه مأمور بأدائه كما تقدم . فإذا لم يترتب على أدائه سقوط الدين لم يحل محله فيه وعلى ذلك إذا قام المدين بالأداء قبل أداء الكفيل ولم يعلم بذلك الكفيل فأدى الكفيل الدين بعد أداء الأصيل إلى الدائن وقبضه منه الدائن ولم يعلم بهما فعل الأصيل لم يكن له حق الرجوع على المدين بما أدى وإنما يسترد ما دفعه من دفعه إليه شلبي ج ٤ ص ١٥٣ . أقول ومثل ذلك في الحكم على ما يظهر لي ما إذا بطل الدين المضمون بسبب طارئ . فأداء الكفيل بعد ذلك دون أن يعلم بسقوطه فانه في هذه الحال لا يرجع على من كان مديناً به وإنما يسترد ما أدى من دفعه إليه . ولذا كان له حق الرجوع فرجع على المدين فأن وفي

الدين بمثله من جنسه رجع بما أدى ، وأساس ذلك عند الحنفية أن الكفيل في حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يملك الدين بذلك الوفاء ، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه . وإذا كان ما أداه أقل من الدين فإنه يملك بقدر ما أدى فقط ، أما الباقي فيسقط لتنازل الدائن عنه ، ولا يجوز هنا أن يملكه الضامن كله في نظير ما أدى تجنباً للربا بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس ، أما إذا وفاه بجنسه مساوياً أو وفاه بغير جنسه مطلقاً أو تصالح معه ففي كل هذه الأحوال يملكه الضامن كله فيرجع على المدين بما ضمن وهو قدر الدين ومن ذلك ما إذا كان الدين من العقود الجبادة فأداه زيوفاً أو بالعكس ومثل ذلك في الحكم ما إذا وهب الدائن للضامن أو كان الضامن وارثاً للدائن فورث عنه ففي كل هذه الأحوال يرجع بما ضمن وهو الدين عند الحنفية .

فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض :

إذا لم يكن أحدهما كفيلاً عن الآخر بأن كانوا جميعاً كفلاء عن مدين واحد فلا صلة بينهم بعضهم مع بعض ، وقد هنا حكم ذلك وبيننا صلتهم بالدائن وكيف يطالبهم عند الأداء .

أما صلتهم بالمدين فهي لا تختلف عن صلة الكفيل بالمدين عند عدم التعدد فلكل منهم بالنسبة إليه ما يكون للكفيل من حق قبل المدين . غير أنه يلاحظ أن الكفالة كما قدمنا يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل عند أهل الظاهر والشيعة الجعفرية وعلى ذلك لا يتصور تعدد الكفلاء لدين واحد إلا إذا كان كفالتهم جميعاً بعقد واحد أما إذا حدثت كفالة المدين بعقود متعددة فإن ذمته تبرأ من الدين بناء على كفالة الأول وعلى ذلك لا يلاقى العقد الثاني محلاً فيصح العقد الأول دون ما تلاه من العقود — وإذا نشأ العقدان معاً بأن صدر عقد الضامن بمن وكل فيه

عن آخر عنه وعن نفسه فقال مثلاً — ضمنت هذا الدين بصفيق أصيلاً
ووكيلاً عن فلان ففي حكم ذلك تردد بين بطلان العقدين لحدوث ضمان كل
منهما حال ضمان الآخر وبعبارة أخرى حال براءة ذمة المدين بالضمان ،
وبين تصحيح أحد العقدين بالافتراض بينهما وبين تنصيب الدين بينهما —
أما إذا ضمن إثنان فأكثر ديناً واحداً على التجزئة بأن ضمن كل جزءاً
منه غير ما ضمنه الآخر فذلك صحيح وليس فيه اشكال (١) .

أما إذا تعدد الكفلاء وكان بعضهم كفيلاً للآخر ، فتحت ذلك
صورتان :

الصورة الأولى — أن يكون أحد الكفيلين كفيلاً للآخر بما كفل به
دون أن يكون كفيلاً للأصيل ثم يكفل ثالث ثانيم ورابع ثالثهم ، وهذه
هي مسألة كفالة الكفيل .

الصورة الثانية — أن يتعدد الكفلاء بدین واحد عندهم لا يرى براءة
ذمة المدين بالضمان ثم يكفل بعضهم بعضاً فيما كفل به .

حكم الصورة الأولى ، وهي كفالة الكفيل :

يجوز أن يكفل الكفيل فيما كفل به شخص ثالث ، وذلك على
اتفاق بين الأئمة وتسمى هذه المسألة عند الشيعة الجعفرية بمسألة تسمى
الضمان — وعند ذلك يتحول الحق عندهم من ذمة المدين إلى ذمة الضامن
الأول ثم من ذمة الضامن الأول إلى ذمة الضامن الثاني وهكذا ، وفي
هذه الحال إذا أدى الدين الضامن ، الأخير ، رجع على من ضمنه هذا
الضامن لا على من هو قبله وهكذا إلى أن يرجع بالمؤدى على الأصيل أى

ليس للفرع مطالبة السابق على أصله وإن تعذر الاستيفاء من الأصيل وإذا أبرأ الدائن أول ضامنهم برى الجميع كما يبرأ الجميع أمام الدائن بأداء أى واحد منهم - ويجوز للضمن أن يضمن ضامنه فيما ضمنه به وعند ذلك يتحول الحق إلى ذمته ومنع الشيخ ذلك حتى لا يصير الفرع وهو الضامن أصلاً (١) .

وعند الحنفية - يكون ضامن الضامن ملتزماً بما التزم به الضامن فيطالبه الدائن بالوفاء كما يطالب الأصيل وضامنه ولا يعتبر ضامناً للأصيل وإنما يعتبر عندهم ضامناً للكفيل فيحق له الرجوع عليه إذا أدى إذا كانت الكفالة بأمره .

وعند مالك رحمه الله إذا ضمن الضامن ثالث صح ذلك وعندئذ يبدأ بمطالبة المدين إن كان حاضراً مالياً وإلا فالضامن الأول إن كان كذلك حاضراً مالياً وإلا فالثاني وهكذا .

وعند الحنابلة - إذا ضمن الضامن ثالث فقصى أحدهم الدين برئوا جميعاً فإن كان القضاء من الأصيل فالأمر ظاهر وإن كان من الضامن الأول رجع على الأصيل على ما تقدم ولا يرجع على ضامنه . وإن كان من الضامن الثاني رجع على الضامن الأول ثم رجع الأول على الأصيل وهذا مع ملاحظة ما قدمناه من أحكام الرجوع وشروطه عند الحنابلة وما لهم في ذلك من روايات ذكرناها .

وعند الشافعية - يجوز أن يضمن الضامن ثالث لأنه يضمن ديناً لازماً ثانياً في الذمة فكان جائزاً كضمان الضامن الأول ولكن إذا ضمن الأصيل

ضامته لم يجوز لأن الأصل أصل والضامن فرع وتابع فلا يجوز أن ينقلب الأصل تابعاً ولأنه بذلك يضمن ما في ذمته فكان ضامناً لنفسه وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة أيضاً (١) .

حكم الصورة الثانية — إذا كفل عدد من الكفلاء بدين ثم كفل كل منهم الآخر بما هو كفيل به لم يصح ذلك عند الحنابلة في المفتي لابن قدامة — ويجوز أن يضمن الحق عن المدين اثنان أو أكثر فإن ضمن كل واحد منهم جميع الحق برئوا جميعاً بأداء بعضهم كما يرئون جميعاً بإبراء الدائن المدين لأنهم فروع له وإذا أبرأ الدائن أحد الضمان برئ وحده . وإذا ضمن أحدهم صاحبه لم يجوز ضمانه لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل فلا يثبت مرة أخرى بضمان آخر إذ تحصيل الحاصل غير متصور . وعلى هذا فليس عند الحنابلة صلة بين الكفلاء بعضهم مع بعض عندما يكون كل منهم كفيلاً للمدين إذ لا تصح كفالة أحدهم للآخر عند ذلك .

وأجاز ذلك الحنفية والمالكية — وقد ذكرنا فيما مضى رأى المالكية في ذلك وأنه يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إذا غاب المدين وباقي الحملاء أو أعدموا ما لم يشترط عليهم الدائن أن يأخذهم أيهم شاء بالدين فعند ذلك يكون له حق أخذ دينه من أيهم شاء ولو كان باقي الحملاء حاضرين موسرين وللغرم أن يرجع على الغرماء والمدين عند ذلك وهذا إذا تحملوا الدين دفعة واحدة أما إذا تحملوا الدين على دفعات بأن ضمن الدين كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فإن الدائن يأخذ جميع دينه من شاء منهم ولو كان الباقي حاضراً مليئاً سواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا وسواء أكلن أحدهم على علم بحالة غيره أم لا ، مادام أن المدين غائب أو معدوم ، أما إذا

كان حاضرا مليئا فليس له حينئذ إلا أخذ الدين منه أولا إلا أن يشترط أن يأخذ من شاء بالدين أصيلا أو كفيلا^(١)

وعند الحنفية — إذا كفّل أناس متعددون بدين لشخص على التعاقب ثم كفّل بعضهم بعضا فأداه أحدهم بناء على أمر المكفول عنه يرجع به عليه إن شاء وعليه يرجع على المدين بما أدى إن كانت الكفالة بأمره إن شاء وإن شاء رجع على أصحابه بما يخصهم من المؤدى بعد قسمته على رؤوس الكفلاء جميعا فيرجع بنصفه إن كانوا اثنين وبثلثه على كل من صاحبيه إن كانوا جميعا ثلاثة وهكذا إذا كانت الكفالة بأمرهم لأن حق المطالبة بكل المال قد لزم كل واحد منهم بالأصالة عن نفسه وبكفالاته عن كفله فكان الجميع متساويين في الالتزام . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك كفيلان كل منهما بنصف الدين ثم كفّل أحدهما صاحبه فإن ما يدفعه أحدهما من الدين إنما يرجع به عند أمره بالكفالة على الأصيل وإذا رجع صاحبه فإنما يرجع عليه بما زاد على نصف الدين ولا يقبل قوله فيه أنه أداه عن صاحبه لا عن نفسه لأن مالزمه أصالة أولى بالأداء مما لزمه بالكفالة عن الكفيل فيتقدم عليه في الأداء بخلاف ما زاد على ذلك فإنه ينصرف إلى الأداء عن الكفيل الآخر وكذلك الحكم إذا قال عند الأداء إنما أودى عن صاحبي فلا يقبل منه ذلك حتى يؤدي كل مالزمه بكفالاته الأولى .

وإذا كان الدين على اثنين مثلاك كل منهما مدين بنصفه ثم كفّل كل منهما صاحبه فيما يؤديه أحدهما لا يرجع به على الآخر حتى يؤدي مالزمه في ذمته أصالة وما زاد على ذلك إن شاء رجع به على المدين صاحبه إذا كانت الكفالة بأمره وإذا كان الحكم في هذه المسألة كالحكم في سابقها عند الحنفية وعلى ذلك لا يقبل عندهم من يؤدي أولا منهما أن يقول إنما دفعت عن صاحبي

باعتبارى ضامنا عنه لاعتنى نفسى حتى ولو قال ذلك عند الأداء ويجب صرف ما يدفعه إلى ما هو عليه أصالة حتى إذا انتهى منه كان ما يزيد مؤدى عن صاحبه. وذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك فقالوا إذا قال عند الأداء إنما أدفع عن صاحبي أو أقام البيعة على ذلك قبل ذلك منه ولو لم يكن قد أدى ما يخصه من الدين لأن الوفاء ينصرف إلى ما في ذمته مطلقا فيكون له حق التعيين إذ المعتبر عند الوفاء نية الموفى التي دل عليها بعبارة .

إنقضاء الكفالة بالدين :

إنقضاء الكفالة قد يكون نتيجة لانقضاء الالتزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل فإذا سقط الأصل سقط التبع ضرورة وقد يكون لإنقضاؤها بصفة أصلية فينتهى التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل. إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأعلى وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان :

الأولى : إنقضاؤها تبعا لانتهاء التزام الأصيل .

ثانيتها : إنقضاؤها بسبب لا يمس التزام الأصيل وبقائه . ففي الحالة الأولى تنقضى الكفالة إذا ما انتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقا لالتزام الأصيل فإذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه إذ لا يتصور توثيق المعلوم وعلى ذلك تنتهى الكفالة في الأحوال الآتية :

١ - أداء الدين - إذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك حتميا انتهاء الكفالة ، وإذا وفى بعضه برئت ذمة المدين بما أدى وتبع ذلك انتهاء الكفالة به وبقيت ذمة المدين مشغولة بإيقاعه كما تبقى الكفالة بهذا الباقي . وسواء فى ذلك أن يقوم بالوفاء الأصيل أو أجني متبرع أو مأمور بالوفاء - وكذلك الحكم إذا قام بذلك الوفاء الكفيل فإن ذمة الأصيل تبرأ بوفائه ويتبع ذلك انقضاء كفالته بما أدى وتحول بذلك إلى دائن للأصيل

عند المالكية والحنابلة مطلقا على ما بينا وكذلك في حالة ما اذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية والزيدية وفي حالة ما اذا كانت الكفالة والأداء كلاهما بأمره عند الشافعية ، أما عند الشيعة الجعفرية فإن أداء الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة الأصيل لأنها قد برئت بالكفالة من قبل وكذلك الحكم عند أهل الظاهر ومن ذهب مذهبهم - ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بما أدى عند الشيعة اذا كان الضمان بأمر المدين كما يجوز ذلك للأجنبي اذا أدى الدين بأمر المدين ولا يجوز لها الرجوع اذا ما كلف الأداء بغير أمر المدين لاعتبار الأداء حينئذ تبرعا وهو مذهب الحنفية والزيدية خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم .

المصالحة عن الدين — قد يصلح المدين الدائن عن الدين وقد يصلحه الكفيل . فإذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين . فإذا كانت المصالحة على ما ليس من جنس الدين كانت معارضة بين المدين والدائن ، اقتضت براءة ذمة المدين من الدين نتيجة أن الدائن قد تملك به مالا للمدين هو بدل الصلح ، واذا برئت ذمة المدين برئت تبعا لذلك ذمة الكفيل .

واذا كانت المصالحة على بعض الدين فانما في هذه الحال تعتبر اتفاقا على وفاء بعض الدين وتنازلا من الدائن عن بعضه الآخر ويكون ذلك بالاتفاق على وفاء بعضه والابراء من الباقي وبناء على ذلك تبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء اذا وفي وبعضه بالاسقاط ، واذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل نتيجة لذلك — أما اذا لم يؤد بعض الدين المتفق على وفائه وقد تنازل الدائن فعلا عن بعضه الآخر فإن ذمة كل من المدين والكفيل تبرأ من هذا الجزء المتنازل عنه وتكون براءة ذمة الكفيل منه نتيجة لبراءة ذمة الأصيل منه ، أما الجزء المتفق على وفائه فهو جزء من الدين المكفول به وعلى

ذلك تبرأ منه الأصيل وذمة الكفيل عند قيام أحدهما بأدائه على ما سبق
بيانه . ومثل مصالحة الأصيل الدائن عن الدين بغير جنسه أن يعترض به عن
عن عروض للدين بمقد معاوضة بين الدائن والمدين . كأن يشترى الدائن به من
المدين سلعة من ماله .

وإذا كان الذي صالح الدائن هو الكفيل فإن صالحه عن الدين بغير جنسه
أو اشترى به الكفيل منه سلعة من ماله ، برئت ذمة الأصيل بهذا الصلح أو بهذه
المبادلة وبرئت ذمة الكفيل من الدين تبعاً لذلك وكان للكفيل حق الرجوع
على المدين بالدين عند الحنفية لأنه تملكه بالصلح أو المعاوضة إن كانت الكفالة
بأمر المدين وبالأقل من الدين وبذل الصلح أو قيمة السلعة عند غيرهم على
ما بيناه سابقاً في حق الرجوع ، وإن صالحه على بعض الدين بجنسه فهو اتفاق
كما قدمنا على إيفاء بعضه والإبراء من باقيه . وعلى ذلك تبرأ ذمة كل من
الأصيل والكفيل من جزء الدين الذي تنازل عنه الدائن إلا في حالة واحدة
وهي ما إذا نص في عقد الصلح على وفاء بعض الدين وبرائة ذمة الكفيل وحده
من باقيه ، ففي هذه الحال تبرأ ذمة الكفيل وحده من هذا الباقي أصالة ويستمر
مطالباً يبدل الصلح بمقتضى كفالاته وعقده كما يستمر شغل ذمة المدين بكل الدين
وعلى ذلك يكون كل من الأصيل والكفيل مطالباً بأداء ما اتفق على وفائه
في جميع الأحوال ويكون الأصيل وحده مطالباً بالجزء الآخر في الحالة الأخيرة
وإذا قام الكفيل بأداء ما اتفق عليه رجع على الأصيل بما أدى على ما بيناه
في حق الرجوع من خلاف وشروط .

٣ - إبراء الأصيل ودية الدين له - إذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين
أو ووجه له أو تصدق به عليه - إذا كان فقيراً - برئت ذمته من الدين
وبرئت تبعاً لذلك ذمة الكفيل لما قدمنا .

ويشترط في نفاذ الإبراء قبول من المدين ، ولو وفاة المدين قبل قبوله ورده

لأن الإبراء من الدين تمليك له . فيتوقف على القبول . وكذلك الحكم في الهبة والصدقة . هذا ما جاء في الفتح والشلبي على الزيلعي . ولكن المعروف المنصوص عليه في أحكام الإبراء من الدين وهبة الدين للدين (من باب الهبة) أن الإبراء من الدين لا يتوقف على قبول المدين في المجلس . أما إذا رده بعد المجلس ففي ذلك خلاف قيل يرتد وقيل لا يرتد .

وأما هبة الدين للدين فالأصح أنها أيضاً كالإبراء لا تتوقف على قبوله في المجلس وتم بإيجاب الواهب وحده ، وإذا ردها المدين قبل قبوله في المجلس ارتدت أما إذا ردها بعد المجلس ولم يقبلها فيه ، ففي نفاذ هذا الرد خلاف أيضاً - قيل ترتد وقيل لا ترتد ، لتامها ، والقول الآخر أنها تتوقف على قبوله في المجلس ، راجع تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها . وص ٣٥١ وما بعدها .

وعلى ذلك فقول صاحب العناية وصاحب الفتح أنه يشترط في نفاذ إبراء المدين قبوله في المجلس محل نظر إلا إذا أريد بذلك عدم رده واعتبار عدم الرد في المجلس قبولاً دلالة ، وأن المراد بقبوله في المجلس القبول الصريح وهو اللفظي أو ما يقوم مقامه وهو القبول حكماً ودلالة وهو الذي يتمثل في السكوت وعدم الرد . تكملة ص ٣٥١ ، - ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده في معنى القبول دلالة لعدم رده فيتم معها الإبراء والهبة ، وهذا مبني على القول بأن الإبراء لا يرتد برده بعد المجلس لأنه قد تم بالقبول دلالة في المجلس وذلك بالسكون طيلته وإذا تم بقبوله دلالة لم يرتد برده بعد ذلك ، ويلاحظ أنه لا يصح للدائن إذا ما وهب الدين للمدين أن يرجع فيها بعد قبولها من المدين ، وجملة القول .

أن من المشايخ من جعل هبة الدين وإبراء منه بمعنى واحد وذهب إلى

أن كلا منهما لا يتوقف على قبول صريح في المجلس بل يتم كل منهما بقبوله صراحة أو حكما بأن ينتهي المجلس من غير رد على اعتبار أن ذلك يعد قبولاً دلالة أو حكماً ، التكملة ص ٢٥٦ ، وإذا قبل كل منهما في المجلس لم يقبل الرد بعد ذلك كما في الأشياء - ج ٢ ص ٤٣ ، وإنما يرد كل منهما بالرد في المجلس قبل قبوله صراحة - وعلى ذلك إذا مضى المجلس دون رد فقد نحقق بذلك القبول دلالة أو حكماً ، وعلى ذلك لا يرتد بر - بعد ذلك ، وهذا وجه القول بعدم قبول كل منهما الرد بعد المجلس - وهو مبني على أن كلا منهما يتوقف على القبول في المجلس صراحة أو حكماً كما في التكملة ص ١٣٥١ .

وفي السراج - ابراء الطالب الأصيل يتوقف على قبوله أو مووته قبل القبول فيكون قبولاً حكماً .

أما القول بارتداد كل منهما بعد المجلس إذا لم يسبق قبول صريح فيظهر لي أنه مبني على أن كلا منهما اسقاط محض لا يتوقف على قبول مطلقاً ولا يقتصر على المجلس فيتم من ناحية المسقط ولكن يرتد برد المدين في المجلس وبعده ، ص ٣٥٢ تكملة ، ومع ذلك فن المشايخ كابن شجاع من ذهب إلى أنه في هذه الحال لا يقبل كل منهما الرد أيضاً ص ٣٥٢ تكملة .

ولذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرد ابراءه ارتد برده وبقي دين الدائن على حاله ، وفي هذه الحال اختلف المشايخ ، فمنهم من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تبرأ بابراء الدائن لتمام الإبراء بإيجاب الدائن وعلى ذلك لا يعود الدين إلى ذمة الكفيل يرد الأصيل - ومنهم من ذهب إلى أن الدين يعود فيشغل ذمة الكفيل كما شغلت به ذمة المدين لأن سقوطه كان مشروطاً بالآيراد المدين الإبراء فإذا رده ظهر أنه لم يسقط وعلى ذلك إذا رد الأصيل الإبراء بقي الدين في ذمته وفي ذمة الكفيل على وضعه .

وكذلك تحتاج هبة الدين للأصيل والتصدق به عليه الى القبول على رأى كما قدمنا ، وقيل تتم من غير قبول ما لم يردّها وهو الأصح وعليه اذا مات قبل القبول والرد نفذت الهبة وبرئت ذمة الأصيل .

ولو حدث الإبراء أو الهبة للدين والتصدق به عليه بعد موته كان قبول ذلك الى ورثته ويجب عدم ردّه عند أبي يوسف لأن الإبراء للبرث بعد الموت إبراء للورثة ، وخالف محمد في ذلك فلم يجعل لهم حق الرد كما لو كان الإبراء حال حياة المدين ثم مات (١) ، أما لو كانت الهبة للوارث أو الإبراء ، فالقبول والرد اليه اتفاقاً ، وقيل فيه الخلاف السابق لأن الهبة والإبراء لهم انما هو للبرث (٢) وهذا كله عند الحنفية .

وعند غيرهم اذا أبرأ الدائن الأصيل أو وهبه الدين وتم ذلك برى الأصيل وبرى الكفيل تبعاً له ، لأن الكفالة وثيقة للدين ، فإذا ماسقط وانتهى انتهت كالرهن فإنه ينتهى بانتهاء الدين - ولا يشترط في صحة الإبراء قبول المدين له عند الشافعية أيضاً ، ويجوزون بذل العوض فيه ، ولكن يشترطون في صحته علم الدائن بمقداره في المذهب الجديد ، أما في القديم فمكرأى الحنفية لا يشترط العلم بمقداره (٣) ، وجملة القول أن براءة ذمة الأصيل تستتبع براءة ذمة الكفيل باتفاق سواء أكانت بإبراء أم بأداء أم بهبة الدين له أم بورائه للدائن إذ يسقط الدين حينئذ لاتحاد النعمة أو بسبب آخر ، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل ، فقد تبرأ ولا تبرأ ذمة الأصيل ، كما إذا كانت الكفالة مؤقتة بوقت فانتهى وقتها أو وهب الدائن الدين للكفيل أو أبرأه من الكفالة .

(١) راجع الزيلعي والعلوي عليه ج ٤ ص ١٥٦ و ١٥٧ ؛ والهدية والفتح والمناية

ج ٥ ص ٤١٠ .

(٢) « مسكّة » جزء ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٨ و ٤٢٩ .

أما إبراء الدائن للكفيل فإنه يصح وبعد تنازلا عن الكفالة لا عن الدين وهي إسقاط محض ولذا لا يرتد برد الكفيل ولا يتوقف على قبوله ، وبناء على ذلك ذهب بعض الحنفية إلى صحة تعليقها بالشروط شأنه في ذلك شأن سائر الاسقاطات كالعتاق والطلاق ، وخالف آخرون فذهبوا إلى عدم صحة تعليقه لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات ، ووفق بعضهم بين القولين بأن عدم جواز تعليقه إذا كان الشرط المعلق عليه شرطا محضاً لا منفعة فيه للطالب أصلاً كما إذا علقت البراءة على مجيء الغد ونحوه أما إذا كان على شرط فيه نفع للدائن فيجوز كما إذا قال الكفيل بالنفس والمال أن وافيتك بالمدين غدا فأنا برى من الدين وقبل المكفول له ، وقد نص على جوازه في الإيضاح . وهذا توفيق يستند إلى العرف فقد جرى العرف على تعليق البراءة بشرط فيه مصلحة وغرض وعلى عدم تعليقها بشرط لا غرض فيه ولا مصلحة بموضوعها . ويلاحظ أن إبراء الكفيل كما قدمنا لا يرتد برده وهذا يخالف حكم تأجيله عند الحنفية فانهم يرون أنه يرتد برده فلا يلزم الدائن بعد ذلك التأجيل . وإذا كان إبراء الكفيل لا يعد إبراء من الدين بل إبراء من الكفالة فقط لم يترتب عليه براءة المدين ، وكان انتهاء الكفالة ابتداء ، وليس في هذا خلاف بين الأئمة ، ولذا لا يكون للكفيل حينئذ أن يرجع بالدين على المدين .

وأما هبة الدين للكفيل فهي تملك محض ، وتصح باتفاق ولا تتم إلا بقبولها في المجلس ولا تتوقف على قبض الدين من المدين عند الجمهور ويرى المالكية أنها لا تتم إلا بقبض الدين من المدين قبل حصول المانع الواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيها ، وإذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه الدين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد ، أن يطالب أحدهما لخروج الدين من ملكه بالهبة . (١)

٤ - حوالة الدين - وإذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث فقبل الدائن وتمت الحوالة برىء المدين من الدين بحكم الحوالة كإسباتى وبرىء الكفيل منه تبعاً لذلك ، وكذلك إذا أحال الكفيل الدائن على ثالث فإن الأصل يبرأ بهذه الحوالة ويتبع ذلك براءة ذمة الكفيل (١) وذلك لأن الدين ينتقل بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ويتبع ذلك براءة ذمة المدين براءة ذمة الكفيل .

٥ - انفساخ سبب الدين المكفول به - إذا انفسخ العقد الذى نشأ عنه الدين المضمون وبرت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فإن التزام الكفيل ينقضى تبعاً لذلك ، فإذا ضمن شخص مشترياً سلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل المدين ابتداء والكفيل تبعاً .

٦ - اتحاد الذمة - إذا ورت المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الورثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة ، إذ لا يمكن أن يكون دائناً لنفسه ويترب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضاً تبعاً لذلك - أما إذا ورت الضامن الدائن فانتقل الدين اليه بهذه الورثة فإن كفالاته تنتهى ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مدينا للضامن .

إنقضاء الكفالة بسبب لايمس التزام المدين :

فى هذه الحال ينقضى التزام الكفيل وحده ابتداء ، ويبقى التزام الأصيل على حاله دون مساس به لأن الكفالة لا تعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالدين كالرهن يرد المهرن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك فى بقاء الدين ويكون هذا الانقضاء بسبب من الأسباب الآتية :

١ - مصالحة الكفيل الدائن على بعض الدين مشروطاً فيها براءة ذمته وحده من باقيه فتبرأ ذمته ابتداء من جزء الدين الذي لم يتم عليه الصلح وتستمر ذمة المدين مشغولة به لعدم سقوطه بالنسبة له وتبرأ ذمة الأصيل بالنسبة لما تم عليه الصلح وبذلك تنتهي كفالة الكفيل بالنسبة للدين كله ويكون له حق الرجوع على الأصيل بما تم الصلح عليه أو بما غرم على حسب الخلاف في ذلك على ما بينا فيما إذا كانت الكفالة يأمر المدين عند بعضهم أو مطلقاً عند المالكية والحنابلة .

٢ - لإبراء الدائن الكفيل من الدين وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على لإبراء الأصيل . وأن ذلك يعد من الدائن تنازلاً عن الكفالة ، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن هذا الإبراء إذا تضمن تنازل الدائن عن الدين ترتب عليه براءة ذمة كل من المدين والكفيل ، والواقع أن الإبراء في هذه الحالة لإبراء لكل منهما فلا خلاف - ولا يجوز للكفيل في حالة الإبراء أن يرجع بالدين أو بعضه على المدين لأنه لم يملكه ولم يغرم شيئاً وإنما الذي كان هو سقوط الدين أو المطالبة عن الكفيل .

٣ - هبة الدائن الدين للكفيل وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على هبة الدين للدين وبيننا أن الضامن يملك الدين بهذه الهبة ويحل محل الدائن فيه فيرجع بالدين على الأصيل وبذلك لا تبرأ ذمته بهذه الهبة وإن انقضت بها كفالة الضامن .

٤ - انتهاء مدة الكفالة - إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلاً فانتهت المدة دون وفاء وانتهت الكفالة وبقي الدين في ذمة المدين .

٥ - تحقق شرط سقوطها - إذا نشأت الكفالة مشروطاً فيها البراءة عند تحقق شرط من الشروط كأن يكفل الدين على أن يكون بريئاً من الكفالة إذا ما حضر المدين من سفره ونحو ذلك فإذا تحقق الشرط ولم يكن الدين قد

وفي انتهت الكفالة يتحقق شرط انتهائها - وهذا في الواقع ضرب من الكفالة الموقوفة .

٦ - وراثه الدائن للدين إذا مات مملئاً وفي تركته ما يفي بالدين . وذلك لا تنقال تركه المدين إليه بالوراثه محله بدينه وعلى ذلك يصير في ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك ، إذا لا يصح أن يكون مطالباً ومطالباً ، وهذا إنما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد ، أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا ما يخص حصته في التركة وعلى ذلك يبق الضامن ضامناً لباقي الدين .

وقد يقال أن ذلك لا يظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يملكها حتى يوفى ، وعلى ذلك لا يملك الدائن من التركة بالوفاء ما به وفاء دينه .

والواقع أن هذه المسألة محل خلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لا يمنع أن يملك التركة ، ففي الحاشية نقلاً عن المحيط استفران التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث في التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره - وهذا يخالف ما في جامع الفصولين إذ فيه ما يفيد أنه يمنع ، وأنه لا يملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلاً وعلى هذا الرأي الأخير لا تكون وراثه الدائن للدين في هذه الحالة سبباً لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبته بالدين المضمون .

وفاة المدين والكفيل :

إذا توفي المدين لم يكن لوفاة تأثير في الكفالة بل تظل ذمة الكفيل مشغولة بالمدين على حاله فيظل مؤجلاً إن كان مؤجلاً - ولكنه بوفاء المدين يصير الدين حالاً بالنسبة لورثته عند من يرى من الفقهاء أن الدين يحل بموت

المدين مطلقاً ، ولذلك يكون الخيار للدائن إن شاء اتبع تركه المدين في الحال فإذا استوفى منها الدين برئت ذمة الكفيل . وإن شاء صبر حتى يحل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه ، وهذا عند الحنفية والحنابلة . وقد ذكرنا ما للكفيل عند المالكية من حق في هذه الحالة ، كما ذكرنا فيما مضى رأى الشافعية في ذلك .

وإذا توفي الكفيل لم يكن لوفاته أثر في التزامه ، غير أن الحنفية والشافعية يرون أن الدين يحل بوفاته إن كان مؤجلاً بالنسبة إليه ، وإذن يؤخذ الدين من تركته ، ولكن لا يرجع ورثته على المدين عندما تكون الكفالة بالأمر إلا عند حلول الأجل لبقاء الأجل بالنسبة للدائن إذا ما كان مؤجلاً بالنسبة إليه أيضاً .

ويرى زفر أن الدين لا يحل على الكفيل بموته بل على الدائن أن ينتظر حلول الأجل فلا يرجع في التركة قبل حلوله .

وفي المشهور من مذهب أحمد أن الدين لا يحل بالموت إذا ما وثقه الورثة برهن أو كفيل .

وعند مالك إذا مات الكفيل أو أفلس حل الدين إن كان مؤجلاً وأخذ الدائن دينه من تركته أو حاص غرماءه ولو كان المدين حاضراً مليئاً وعندئذ يرجع عليه ولكن لا يرجع الورثة عليه إلا بعد حلول الأجل ، أما إذا مات عند حلول الأجل أو بعده فلا يؤخذ الدين من التركة إذا كان المدين حاضراً مليئاً كما قدمنا وإنما يؤخذ منها إذا كان معدماً ، أو لا استطاع التنفيذ في ماله إلى آخر ما ذكرناه (١) .

انواع الكفالة

بيننا فيما مضى أن الكفالة قد تكون بالفعل كما في الكفالة بتسليم المعين ومضى حكمها ، وقد تكون بالاتضاء أى طلب المال ممن هو لديه وتسليمه إلى صاحبه دون التزام به في الذمة كما تقدم، وقد تكون كفالة بالنفس كأن يكفل إنسان آخر في حضوره مجلس القضاء في وقت معين . وأن الكفالة بالدين قد تكون كفالة مطلقة يترتب عليها شغل ذمة الكفيل بالدين والتزامه بأدائه من جميع ما يملك، وقد يكون التزام الكفيل بأداء الدين من ماله دون أن تشغل ذمته بالدين على ما بينا في الخلاف فيها من أنها لضم ذمة إلى أخرى في الدين أو لضم ذمة إلى أخرى في المطالبة. فقط دون الدين وتقدم بيان هذا، كما أشرنا فيما مضى إلى رأى من ذهب إلى أنها لنقل الدين من ذمة إلى أخرى . وقد تكون كفالة مقيدة وذلك عند إقرارها بشرط صحيح لازم وقد مضى الكلام في حكم ذلك عند كلامنا على الاشتراط في الكفالة .

وجاء في شرح الزيادات للرخسى أن الكفالة قد تكون مقيدة بمال للأصيل لدى الكفيل كان يكون للأصيل ودية عنه قيد بها الكفالة وعند ذلك لا يلزم الكفيل بأداء الدين المكفول من ماله وإنما يلزم بأدائه من المال الذي قيدت به الكفالة . وقد جاء هذا في الفصل الثاني من أحكام الكفالة والحوالة .

وقد تكون كفالة بالنفس كما بينا فيما مضى وتسمى الكفالة بالوجه، ويرى الحنفية جوازها بالنظر إلى من عليه دين أو قصاص أو حد قذف أو حد مرقعة بلا خلاف بين الأمام وصاحبيه في ذلك إذ أنها ليست إلا التزاما باحضار من يجب إحضاره في مجلس يجب عليه حضوره فيه، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط كأن يقول الكفيل إن لم أحضره في وقت كذا أو في مجلس قضاء

يوم كذا فعل ما عليه من الدين فإذا لم يوف بالشرط لزمه الدين كغفالة كما لا تتضمن التزاما بما وجب على المكفول من حد أو قصاص إذ لا تزر وأزرة وزر أخرى .

وأثرها عند الحنفية وجوب التخلية بين الطالب والمكفول في موضع يقدر الطالب فيه على إحضاره مجلس القضاء إذ يحصل بذلك المقصود بالعقد وهو استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي فإذا قام بذلك انتهت الكفالة ولذا لو سلمه الكفيل في صحراء لم يخرج بذلك التسليم من الكفالة ولكن لو سلمه في المصر فإنه يخرج بذلك منها وإن قيدت بالتسليم في مجلس القاضي ، إذ الغرض منها التسليم في مكان يتمكن فيه من إحضاره مجلس القاضي فلا يتقيد بمكان خلاف مجلسه لعدم الفائدة من التقيد .

ولو شرط في الكفالة أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر خرج من الكفالة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبه وجه قولهما أن ذلك شرط معتبر يقصد الإلزام به ، فقد تكون حجة الطالب في مصر دون آخر . ووجه قول أبي حنيفة أن المقصود هو الوصول إلى الحق بالمرافعة فيه أمام قاض مختص فلا يتقيد بقاض دون آخر .

ولو تعدد الكفلاء بالنفس فاحضر المكفول أحدهم برى الجميع إن كانت الكفالة بعقد واحد لأن المكفول فيها حيث يفعل واحد هو إحضاره فيتم بأحدهم وإن كانت بعقود متعددة بعدد لم يبرأ إلا المحضر لأن المكفول حيث يفعل متعددة بعدد ففعل أحدهم لا يعد فعلا لغيره ، وليس هذا كسألة الكفالة بالدين لأن أداء الدين يتحقق بفعل أى كفيل به فيبرأ به الأصل فيترتب على ذلك براءة الجميع ^(١) .

مذهب المالكية :

الضمان قد يكون بالوجه أى بذات المضمون واحضارها وقد يكون

بالطلب أى بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه دون الالتزام باحضاره والأول لا يكون إلا إذا كان المضمون مربنا حيث يكون الغرض من ضمانه إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه فلا يكون فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير والثاني يكون فيمن كان مطلوباً بسبب دين ونحوه من الحقوق المدنية أو بسبب قصاص أو حد أو تعزير كأن يقول الكفيل أنا حميل بطلبه أو على طلبه أولاً أضمن الا طلبه أو أضمن وجهه وليس على من المال شيء أولاً أضمن الاوجه - وفي هذه لا يلزم الحميل إحضار المضمون بخلاف النوع الأول وقيل يشترك النوعان في الزامه بالاحضار ويختص ضمان الوجه بتفريم الحميل ما على المضمون من الدين عند عدم قيامه باحضاره .

ويرأ الحميل في النوع الأول بتسليم المضمون بعد حلول الدين في مكان يقدر فيه الطالب على خلاص دينه منه بالمرافعة أمام القضاء كما يبرأ بتسليم المضمون نفسه إلى دائته بعد حلول دينه ان أمره الضامن بذلك فان سلم نفسه من غير أمر من الضامن أو سلمه أجنبي أو حدث التسليم في جميع الأحوال قبل حلول الدين لم يبرأ الكفيل بذلك ولا يشترط في براءته بالتسليم أن يكون في مجاز القضاء إذا لم يشترط الطالب على الكفيل إحضاره فيه ويبرأ بالتسليم في مكان به حاكم أو قاض وان لم يكن بالبلد الذي حدث به الضمان ولا يبرأ بتسليمه في مكان لا سلطان فيه ولا حاكم كصحراء فان لم يحضره غرم الكفيل ما على المضمون من الدين بعد تلوم خفيف كالיום ان قربت غيبة الغريم والا حكم عليه بالدين بلا تلوم وهذا هو المشهور في المذهب خلافا لما ذهب إليه ابن عبد الحكم من القول بعدم الضمان كما هو مذهب الحنفية وأنه لا يلزمه إلا إحضاره - ويبرأ الكفيل بتسليمه على ما بينا ولو كان عند ذلك معدماً خلافا لمن ذهب إلى أنه لا يبرأ بالتسليم إلا إذا سلمه مليئاً - وانما يغرم الكفيل الدين بعدم إحضار المكفول إذا لم يقيم البيعة على عدمه عند حلول أجل الدين وهو غائب أما إذا أثبت أنه كان عند حلول الأجل معسراً فلا غرم ولو حكم

الحاكم به لأنه حكم تبين خطؤه وخالف ان رشد فذهب إلى التفریم ولو أثبت عدمه عند الأجل كما لا غرم إذا أثبت الكفيل موت التفریم قبل الحكم عليه بالغرم لأن النفس المضمونة قد ذهبت أما ان ثبت موته بعد الحكم فالغرم ماض .

وإذا لم يحضر الكفيل التفریم غرم ماعلى المضمون من الدين ولو كان ذلك لجهله بمكانه أو لعدم تمكنه من إحضاره إلا أن يثبت أنه قد مات قبل حلول أجل الدين فإنه يبرأ عند ذلك كما يبرأ إذا لم يحضره وأثبت أنه أعدم قبل الأجل بأيام على ما ذهب إليه اللخمي خلافاً لمن ذهب إلى الزامه بالإحضار مليتاً كان أم معسراً وهو المشهور في المذهب .

أما ضمان الطلب فليس يلزم فيه الكفيل إلا طلب التفریم بما يقوى عليه فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ما قصر في طلبه ولا يعلم موضعه وغرم المال المطالب به التفریم ان فرط طلبه في الاتيان به أو في الدلالة عليه عند عليه بموضعه . متى تمكن التفریم من الهرب (١) .

مذهب الشافعية :

أصح الأقوال عندهم صحة الضمان بين كل من استحق عليه الحضور في مجلس الحكم عند الاستعداد عليه لحق آدمي كدين وأجير وكفيل وقن آبق لمولاه وكذلك من عليه عقوبة آدمي كفصاص وحد قذف وتعزير لا لحق من حقوق الله كحدوده فإن كفيل يدين من عليه دين أو لديه مال ولو أمانة لم يشترط العلم بقدره ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه فلا تصح الكفالة يدين من عليه زكاة أو يدين مكاتب بالنجوم (٢) .

(١) — المشرح الكبير للفردير وحاشيته الدسوقي عليه ج ٣ ص ٣٤٥ وما بعدها

والمدقق ج ٥ ص ١٠٥ وما بعدها إلى ص ١١٦ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٣١ وما بعدها .

وإذا عين فيها مكان التسليم تعين إن كان صالحاً وإن لم يعين تعين مكان الكفالة أن صلح ويسيراً الكفيل بتسليمه الغريم في مكان التسليم بلا حائل يمنعه منه كمتغلب يمنع الطالب منه وبأن يسلم المكفول نفسه مظهراً أنه يسلم نفسه براءة للكفيل ولا يكفي مجرد حضوره دون إظهار ذلك .

وإذا غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه لقيام عذره فإن علم مكانه لزمه إحضاره عند أمن الطريق وبمهل مدة الذهاب والإياب على العادة فإن مضت ولم يحضره حبس ما لم يؤد الدين لأنه مقصر فلو أداه ثم قدم المطلوب كان له استرداد ما دفع - وقيل إن كانت غيبته مسافة قصر لم يلزم إحضاره والأصح أنه إذا مات أو هرب أو توارى ولم يعرف مكانه لم يطالب الكفيل بما عليه من الدين وهو قول الحنفية وقبل يُغرم وهو قول المالكية ... والأصح أنه لو شرط في الكفالة تغريم الكفيل المال عند عدم إحضاره بطلت لأنه شرط ينافي مقتضاها وقيل تصح مع هذا الشرط (١) .

مذهب الحنابلة :

يجوز الالتزام بإحضار من عليه حق مالي إلى ربه سواء كان من عليه الحق حاضراً أم غائباً، فصحت الكفالة بيد من عليه دين لازم معلوماً كان الدين أم مجهولاً للكفيل ولا يمنع منها أن يكون المكفول مجبوساً عند الحاكم إذ المجبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم ولا تصح بيد من عليه حد أو قصاص .

وصحت مع اشتراط ضمان المال إن لم يحضره . ووجب الإحضار

في مكان عين فيها فإن وقعت الكفالة مطلقة عن المكان تعين الإحضار في مكان الكفالة - متى أحضره الكفيل في مكان العقد أو في المكان المعين إن عين مكان الإحضار وأحضره في مكان آخر بعد حلول أجل الكفالة أو أحضره قبل ذلك ولا ضرر على الطالب في تسليه أو سلم المكفول نفسه في محل التسليم ووقته يرى الكفيل كما يبرأ بموت المكفول

والكفيل إحضار المكفول ومطالبته بمصاحبه إلى الضالب إن كانت الكفالة بإذن المكفول أما إذا كانت بغير إذنه فلا يلزم المطلوب بالحضور مع الكفيل لدى رب الدين إذ لم تشغل ذمته بذلك وإذا كان المكفول غائباً ، أمهل الكفيل بقدر ما يمضي إلى محله ويحضره .

وإذا لم يعلم الكفيل مكانه لزمه ما على المكفول من الدين لتقصيره في تقصى حاله فكان بسبب ذلك متلفاً أما إن علم مكانه فضى إليه ولم يحضره أما لتوازيه أو هربه أو اختفائه أو لامتناع أو لغيره ذلك بحيث تعذر إحضاره مع حياته لزمه ما عليه من الدين : يقول الرسول صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم إلا إذا شرط البراءة من المال فلا يلزمه عملاً بالشرط - وإذا قدر الكفيل على المكفول به وهو المال بعد أداء ما غرمه بسبب عدم إحضاره المكفول لم يكن له أن يسلم ما كفل به إلى المكفول ثم يسترد ما دفعه إليه نتيجة لوصول حقه إليه وإنما يحصل بذلك التقاص بين البلدين وذلك بخلاف المغضوب إذا تعذر إحضاره مع قيامه وغرم الغاصب قيمته ثم قدر عليه بعد ذلك فإن يرد إلى المغضوب منه ثم يسترد منه ما أخذه من القبضة لأن الغاصب حيث لم يملك المغضوب يدفع قيمته وإنما أخذت منه للحيولة بين المال وصاحبه وذلك بخلاف ما على المكفول من الدين فإن

الكفيل بصير بدفع عوضه مالكا ملكا تاماً لما أخذه من المكفول - ويبرأ الكفيل بموت الكفيل قبل غرمة فإذا غرم ثم ظهر موته استرد ما غرم .

وإذا ضمن شخص معرفة إنسان بأن جاء إنسان إلى آخر يستدين منه فقال له لا أعرفك فلا أعطيك فضمن له إنسان معرفة فدأينته ثم غاب المستدين أو توارى أخذ الضامن بالدين فإن لم يعرف به ضمن .

ضمان ما يلقى في البحر - إذا خيف غرق سفينة لثقل ما فيها وجب القاء ما لا روح فيه أولاً وذلك لحرمه ما فيه الروح فإن لم يكف ذلك ألقى الحيوان حرصاً على حياة الأدمى .

ولو قال بعض أهلها لغيره ألقى متاعك فألقاه لم يضمنه له لأنه لم يكرهه على إلقائه ، ولكن لو قال له ألقه وأنا وجميع الركاب ضامنون ولم يأذنوه بذلك ولم يوافقوه ضمن قيمة ما يخصه نتيجة لقسمه قيمة ما طرحه في البحر عليهم وسواء في ذلك أن يسمعه فيسكتوا أولاً يسمعه . ولو قال له ألقه وكل واحد منا ضامن لك قيمته كان ضامناً وحده أقيمة ما ألقاه دون غيره من الركاب لأنهم لا يشتركون معه في هذا الضمان وعلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية ^(١) غير أن الزيدية يسمون هذا النوع التزاماً ولا يسمونه ضماناً .

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه إذا خيف غرق السفينة بسبب تجاوز حولتها قدر ما يحمل عليها عادة ولزم لنجاتها رمى بعض حولتها كل من الواجب أن يرمى بعض حولتها حفظاً للأرواح والأموال وهو واجب شرعى على من فيها . وإثم تركه عليهم جميعاً ويسقط بفعل بعضهم وعلى ذلك إذا قام به أحدهم لم يكن بطرح بعض المتاع متعدياً بل قام بواجب عليه

(١) راجع كشاف الفتاوى ج ٢ ص ١٨٤ والنزاع ج ٤ ص ٧٧٠ ، تهذيب الأحكام ج ١ ص ٧٧٦ والبحر الزخار ج ٥ ص ٧٨ .

وبما كان يجب أن يقوم به غيره من أصحابه سواء أقام بطرح ماله أم بطرح مال غيره .

وعلى هذا إذا سلمت السفينة وما بقي عليها بسبب هذا الطرح التزم أصحاب الأموال السالبة بقيمة ما طرح في الماء من المتاع إذا ضاع أو هلك بطرحه على نسبة ما لأموال كل منهم من قيمة . ويشترط لذلك أن يكون الطرح للالتفاف من الفرق وأن يكون ضرورياً للانقاذ وأن تسلم بسببه السفينة وما بقي عليها وي طرح الأثقل لينجو الأخف وقليل القيمة لينجو كثيرها ويكون الطرح بقدر الحاجة ويشترك في تحمل العوض كل من انتفع بالطرح وذلك على خلاف في ذلك بين المالكية .

قال أبو القاسم : إذا طرح بعض الخمل للهول شارك أهل المال المطروح من لم يطرح لهم شيء من متاعهم وكان ما طرح وما سلم لجيمهم لهم تماؤه عليهم ونقصه لأنهم صونوا ما لهم بالمطروح والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح إذ ليس أحدهم أولى من الآخر وسواء أ طرح الرجل متاعه أو متاع غيره يأذنه أم بغير إذنه . (ذخيرة) وعلل ذلك صاحب الذخيرة بأنه سعى في القيام عن الغير بواجب لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم فن بادر منهم بذلك فام بذلك الواجب .

وتوزع قيمة المطروح على ما في السفينة من مال التجارة من العبيد والناض من الأموال والجوهر دون مال القنية وهو ما يقتنى للحاجة إليه . وقال بعض الفقهاء ما ليس للتجارة فهو كالعديم إن طرح لم توزع قيمته وإن لم يطرح لم يوزع عليه ولا يدخل في الناحص إذ هو من الوسائل لامن الناحص وقال ابن سبويه أن هذا مذهب مالك .

أما رأى المالكيين من أهل العراق فهو أن الناحص يقع في ذلك كله وعلى السفينة نفسها وذلك لوجهة الجميع بسبب الطرح . وجهور المالكية على

وجوب الطرح لنجاة متاعهم - واختلف في النقود من الدنانير والدراهم فقليل لا يوزع عليها شيء وقيل يوزع عليها لنجاتها وهو الأشهر وسئل عن ذلك ابن رشد فقال : لا يجب فيما طرح من المركب على ما عند الركاب من الذهب والورق سواء كان ودیعة لديهم أم بضاعة لهم وإنما يجب ذلك على المتاع - قال ابن سلبون أن هذا هو الصحيح من الأقوال . والقياس أن يكون التحاوص بحسب الأثقال لأنه سبب الفرق لكنه ترك إلى الاستحسان وهو أنه يكون بحسب القيمة لأنها المقصودة ولها الاعتبار .

وجملة القول في ذلك - أن من المالكية من ذهب إلى إشتراك كل مال كان على خطر الهلاك لولا الطرح فيدخل في الخاصة جميع ما نجا من الأموال بما في ذلك السفينة ومتاعها وأدواتها ومنهم من ذهب إلى عدم إدخال السفينة ومنهم من ذهب إلى أنه لا يحمل التعويض إلا ما كان في السفينة من مال للتجارة وإليه ذهب ابن حبيب وأخذ به جمهور كبير من فقهاء المالكية أما أنفس الأحرار فلا تدخل في التعويض إذ لا قيمة لها .

أما القيمة التي تعتبر في ذلك فن الفقهاء من ذهب إلى أنها القيمة في موضع الحمل لأنه وقت اختلاط الأموال وجميعها في المركب - وقيل موضع الوصول لأنه المقصود بالحمل وقيل موضع الطرح أو أقرب موضع إليه من العمار لأنه موضع التلف وقيل يعتبر ثمن الشراء . ذلك فيما يتعلق بقيمة المطروح . أما قيمة السالم فالعبرة فيها على ما يظهر قيمته في مكان الوصول لأنه المقصود بالحمل .

الديات والأروش

ما يجب من الضمان المالى فى إتلاف النفس وما دونها

الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمة فى جميع الأعراف والشرائع منذ أقدم العصور وذلك لمساسه بحق مقدس طبعى هو الحياة . وكان ما يسببه من الألم والضرر والحقد فى نفوس المجنى عليه وأهله دافعاً له على الرغبة فى الانتقام من المعتدى بأية صورة من الصور سعياً إلى شفاء النفوس مما أصابها وإطفاء ما يتأجج فيها من نيران العداوة والبغضاء وتجنباً لما يلحقهم من العار والمذلة والشعور بالضعف والضعف إذا ما تركوا الانتقام لأنفسهم ممن اعتدى عليهم . وكان هذا جزاء لا يرجع فى تقديره وتحميده إلا إلى رضا النفس وشفائها مما أصابها بسبب هذا الاعتداء ثم إلى ما للمعتدى عليه من قدرة وسلطان أمام المعتدى فى تنفيذ ما يحذ فيه شفاء نفسه ولذا كان هذا الجزاء يختلف شدة وضعفاً باختلاف حال من اعتدى عليه وحال المعتدى قوة وبطشاً وعلواً وخفضاً فهو جزاء شديد إذا ما كان جانب المعتدى عليه أشد قوة من جانب المعتدى وهو ضعيف أو غير مقدور عليه إذا لم يكن للمعتدى عليه أمام المعتدى حول ولا قوة وكان لا اختلاف الجانبين قوة وضعفاً وقدرة وعجزاً أثر فى الالتجاء إلى التعويض بالمال جزاء يقوم به جانب المعتدى لمن اعتدى عليه وكان هذا التعويض يختلف مقداره أيضاً باختلاف الأحوال والأعراف وبما لجانب المعتدى عليه من قدرة على إجبار جانب المعتدى على الاستجابة لما يطلب منه وما لدى المعتدى من ثراء كما كانت تختلف وسائل التقضى . غير أن اختلافها كان يقوم على التراضى بين الطرفين سواء أكان ذلك عن ضعف أم عن حب وطمع فى أخذ المال وقد نشأت هذه الفكرة ، فكرة الالتجاء إلى التعويض بالمال عند جميع

الشعوب ، فقد وجدت عند العبرانيين وعرفتها شرائع اليونان والجرمان وشاع استعمالها عند العرب أهل الجاهلية قبل الإسلام ولم يكن ذلك أمراً مرغوباً فيه عندهم إلا حيث يكون العجز عن أخذ الثأر قهراً وانتقاماً ولكن بمرور الزمن اعتاده كثير من القبائل رغبة في السلام والوثام بسبب ما كانت تنهكهم تلك الحروب الطويلة الطاحنة التي يدفع إليها الأخذ بالنار إذ كانت لا تقتصر على أهل المعتدى والمعتدى عليه بل كان يصل بناؤها جميع أفراد قبيلة الجاني وجميع أفراد قبيلة المجنى عليه لما كان معروفاً فيهم من التضامن القوي بين أفراد كل قبيلة بعضهم لبعض ينصرون المظلوم منهم ويدافعون عن الظالم منهم وكانت هذه عادة أممية فيهم يرون فيها مظهر عزتهم وقوتهم وشرفهم ووجودهم .

وكان ما يدفع من المال في هذه السبيل معروفاً باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى ولم يكن له مقدار معين فيما بينهم كما لم يكن على نسق واحد بل كان يزيد وينقص تبعاً لما يكون بين قبيلة الجاني والمجنى عليه من الاختلاف في القوة والسمو والضعف والانحطاط إذ كانت القبيلة التي هي أكثر قوة وأشد بأساً تتحكم في القبيلة التي هي أضعف منها وكان للعرف مع ذلك أثر في تحديد ما يعرض من المال وعدم المغالاة فيه فنتاع فيما بينهم تحديده بمائة من الأبل إلا أن ذلك لم يكن أمراً ملزماً واجب الاتباع في جميع الأحوال بل كانت القبيلة المعتدى عليها عندما تشعر بالقوة وشدة البطش تطلب ما تشاء من الأموال والنعم وكثيراً ما كان يتجاوز مقدار هذا المال المائة بغير إلى الألف أو يزيد . ولذا كان تحديد الدية عند أهل الجاهلية في أكثر الأحوال منوطاً بشخص المجنى عليه ومركزه ومركز أسرته وقبيلته وكأنه ثمن وعرض عن الدم المسفوك وذلك فضلاً عن أنه وسيلة وسبيل إلى نجاة الجاني وذويه من شرور الانتقام والقتلة ولذا كانت فكرة دفع المال في الجاهلية تقوم على طلب التعويض وأمن الجاني من شر الانتقام . وكان من عادة العرب

في الجاهلية ومن سمات نفهم مسارعة أفراد القبيلة إلى جمع هذا المال ودفعه إلى أهل المجنى عليه بل كان سيد القبيلة في كثير من الأحوال يقوم بدفعه من ماله الخاص .

وكان هذا المال يعرف بينهم باسم الدية تارة وباسم الارش تارة أخرى ففي القاموس المحيط الدية بالكسر حق القتل جمعه ديات ويقال في الفعل وداه كدعاه إذا أعطى ديته والارش الدية وما يدفع فيما بين السلامة والعيب من قيمة مالية وجمعه أروش .

الدية في عرف الفقهاء :

عرفها صاحب التبيين الزيلعي بأنها اسم للمال الذي يدفع بدل النفس أو الطرف . — وبمثل ذلك عرفها قاضي زادة في تكملة فتح القدير « نتأنج الأفسكار في كشف الرموز والأسرار ، والرملى أحمد بن شهاب في نهاية المحتاج ، و فرق بعض الفقهاء بين الدية والارش فالإمام السرخسى يقول في مبسوطه الدية مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس . والارش بدل ما دون النفس . ويقول ابن عابدين في حاشيته على الدر : الدية اسم للمال الذى عو بدل النفس والارش اسم للواجب فيما دون النفس . ولكن هذه التفرقة لم يراعها بعض الفقهاء إذ نجدهم يستعملون كلمة دية أيضاً للدلالة على المال الواجب في الأطراف أو الجروح كما يستعملون كلمة ارش فيما تدل عليه الدية وممنهم الذين عرضوا لهذه التفرقة وسأراعى هذه التفرقة في موضوعنا هذا فأخص بدل النفس باسم الدية وبدل ما دونها باسم الارش .

وقد سمي بدل النفس عقلاً كذلك إذ كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلاً إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فيجدها أولياء المقتول صباحاً معقولة بفنائهم ولذلك سميت عقلاً كما سمي من يدفع الدية عاقلاً ومن هذا المعنى قيل العاقلة .

مشروعيتها :

لم تكن شريعة الدينة كما ذكرنا شريعة ابتدئها الإسلام بل كانت معروفة قبل ظهوره عند العرب وعند غيرهم وإنما جاءت الشريعة الإسلامية مكحلة لما كان بها من نقص يحول دون تأديتها للغرض الذي يجب أن يطلب منها فأستسها على قواعد ثابتة وهذبها بما يؤدي إلى وفائها بالغرض منها وكان ذلك إقراراً لها على الأسس التي أقامتها عليها فجاء ذكرها في الكتاب في مواضع عديدة سنعرض لها فيما يأتي من الشرح والبيان ومن ذلك قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، (البقرة) وروى البخاري والشافعي والدارقطني عن ابن عباس قال كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدينة فقال الله تعالى لهذه الأمة « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني فمن عفى له من أخيه شيء - فالفعل أن يقبل ولي الدم الدينة في العمد - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم .

وقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير ربة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، النساء .

وقد تكفلت السنة ببيان مقدارها وكيفيتها فمن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن من قتل خطأ فديته من الإبل مائة : ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة ابن لبون - أخرجه أبو داود والشافعي (١) . وكان مما قضت به الشريعة الإسلامية في الدينة أن أصبحت واحدة لا تختلف باختلاف حال المجنى عليه قوة وشرافاً وحسباً ونسباً وعزة وضعة وتغيرت طبيعتها وزال عنها عنصر

(١) بنت المخاض ما دخلت في السنة الثانية وبنت اللبون ما دخلت في الثالثة والحقة ما دخلت في الرابعة .

الانتقام الذى كان يدعو إلى التغالى فيها إذا ما كان جانب المجنى عليه أشد قوة وأشد سلطانا من جانب الجانى وإلى قتلها أو إغفالها أو إعتبارها تفضلا وإحسانا إذا كان جانب المجنى عليه ضعيفا عديم البأس والحيلة وتساوى فيها الرفيع والكبير والصغير والأمراء والسوقة .

الهدف من الدييات :

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن شريعة الدييات شريعة قديمة عرفت وطبقت قبل الاسلام فى كثير من الأمم إن لم يكن ذلك فى جميعها لاتسانها مع النزعات الطبيعية والرغبات النفسية والميول الاجتماعية ولذا كانت معروفة ومطبقة فى العصر الجاهلى ، كما ذكرنا يدعو إليها حب الانتقام من المسمى باعتبارها أذى يصيبه فى ماله جزاء إساءته لغيره وفى ذلك ترصية لمن أسمى إليهم بشفاء صدورهم مما سببته تلك الإساءة من حقد وبغضاء ثم كانت مع ذلك وقاية مما يتوقعه المسمى من أذى يصيبه من إساءة إليه لئلا يثار منه .

وكان فى اختلافها باختلاف حال من مسه الأذى شرفا وضعة وقدرًا وخسة فى معنى التعويض أو الثمن عن دمه المسفوك . ذلك كان وضعها فى الجاهلية قبل الاسلام فهل ظلت على هذا الوضع بعد الإسلام وبعد أن تناولتها الشريعة الإسلامية بالتهذيب والتعديل ؟

لقد عرفنا أن ضمان المال الذى يدفع لمن أصابه ضرر فى ماله إنما يقوم فى الشريعة على فكرة التعويض وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه وذلك لا يتحقق إلا فى الضرر المالى الذى يتمثل فى فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل فقد ولذا لم يرقهواء الاسلام محلا للضمان المالى أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال وهذا فى كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم ومن ثم لم يروا التعويض فى الأضرار الأدبية ولا فى الضرر بفقد الأمل

في مال متوقع حدوثه لاذ ليس في دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه وعلى ذلك فإذا يكون وضع الديات والأروش بالنظر إلى هذا الأساس وليست إلا أموالاً تدفع فيما لا يعد مالا أو فيما لا يقوم بالمال وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار ولإبدانهم وأعضائهم وعدم إعتبارها من الأموال وهذا بخلاف الأمر في الأرقاء اذ يستوجب الاعتداء عليهم إيجاب التعويض المالى على المعتدى بدفع قيمة ما فقد من أبدانهم لاعتبارهم مالا تجرى فيه المعاملات المالية بيعا وشراء ومبادلة . وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الأساس الذى بنى عليه الشارع الاسلامى شريعة الديات والأروش . فى تقديره الديات والأروش بخاصة اذ اروعى ما يدل عليه قوله تعالى : « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة) وقوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إن الله لا يحب الظالمين » (الشورى) وقوله تعالى « والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها » (يونس) وما توجه به هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التى أوجبهها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » (البقرة) وقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالعين والعين بالأنف والأنف بالأذن والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (المائدة) وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو .

الذى يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء لا تصلح فى جميع الأحوال لأنها إن صلحت فى بعض أحوال العمد لا تصلح فى بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها كما لا تصلح للسبب نفسه فى أحوال الخطأ لاذ لم يقصد الفاعل فيها أحداث ما وقع من الضرر وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مستولا عنه من أحدثه ومن الظالم

في هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره .

ومن أجل ذلك عدل في هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والمقاتل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجاني فيها من المسؤولية وكان من الواجب أن يهان دم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف الآلام المجنى عليه أو ضرره وينهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس . وللبال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور لما يؤدي إليه من أذى لدافعه بنقص ماله ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها عيشه ويجد فيها معوته على الحياة ومطالها فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلا عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى يمس غيره .

والدية بهذا الاعتبار تشبه "عرامة" والعقوبة من جانب وتنبه التويض من جانب آخر وليست بالتعويض المحض ولا بالعقوبة المحضة لعدم اختلافها باختلاف الجرائم كبرا وصغرا وقوة وضعفا وليس هذا شأن العوض ولا شأن العقوبة بل الشأن فيهما الاختلاف ثم هي من ناحية أخرى لا تجب في مال الجاني في كثير من أحوالها بل تجب على العاقلة . والعقوبة إنما تنزل بالجاني لا بغيره وذلك لقول الله تعالى "ولا تزر وازرة وزر أخرى" (النجم) كما أن عدم متابعتها الجريمة عظما وضعفا يثناني مع اعتبارها عوضا . وإذا لم تكن الديات والأروش تعويضا كاملا أو تعويضا محضا فذلك ما يدعو إلى التساؤل عن حق المجنى عليه عند وجوب الدية له في طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحياة الذي يتساوى جميع الناس في التمتع به وقد قدره الشارع ولم يجعله مختلفا باختلافهم ومن ثم كان مقداره واحدا يستوي فيه الناس جميعا لأنه إذا أريد به هذا

الفتاوى بيان رأى الفقهاء فى ذلك فهذا ما يعيننا بيانه لأن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يعترضوا لهذا الموضوع نفيًا أو إثباتًا بصورة صريحة كما لم يؤثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه أثر خاص ولم يكن فى بيان حكمه لإجماع وكل ما أثر عن الفقهاء مما يمكن أن يكون له شبه اتصال بذلك قولهم عند كلامهم على الديات ومقاديرها أنه ليس للمجنى عليه أن يتجاوز المقادير المقررة لها شرعاً . والبادى أنهم يريدون بذلك منع التجاوز باعتباره زيادة فى الديات المقررة من الشارع . وهذا لا يمنع القول بأن ينال المجنى عليه تعويضاً مالياً ينظر فيه إلى تعويض ما حدث فشرع الديات لتعويضه تحقيقاً لرفع الضرر ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدره من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك إذ لم يكن تقديرها مانعاً من الزيادة عليها عندئذ فإذا روى أن ثمة ضرراً كبيراً نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية فى الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضرراً ذابال وأخرى أحدثت ضرراً عظيماً وكيف يمكن حينئذ أن تتصور تحقيق التماثل فى الصورتين بين الجريمة والجزاء فى حين أن الجزاء فيها واحد . جريمة فيها مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها فتفاوتاً عظيماً غير أنه يلاحظ مع ذلك وقد قام التعويض بالمال فى الفقه الإسلامى على أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاقد والجزاء فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضاً مضافاً إلى الديات والأروش مقابلاً بضرر مالى يجوز الاعتياض عنه وبعبارة أدل على المعنى المراد فإن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالى يتمثل فى فقد مال كإن قاتماً وذلك ما لا يتحقق غالباً فى الأحوال التى تجب فيها الديات والأروش وهذا ما تقضى به نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى — ولكن إذا ما أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هى تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه وإستلال القل والحمد من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه لإرضاء له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ فى فرض الضمان وتقديرها وقدر

يؤيد هذا أن الديات حين شرعت وعرفت شرعت للفرض الذى أشرنا إليه آنفا كما بينما ذلك وأن الشريعة حين أقرتها فى ذلك الوسط وسط البداية حيث يعيش أهلها من الرعى وتاج الحيوان والنعم وثمار النخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعا إذ لم يكن ضرر الجرائم فى هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسماني أو النفسى الذى يعترض عنه بالديات أما فى عصرنا هذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من علمهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال بما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل وفى مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية بخاصة إذا لا حظنا أن ذلك لا يعدو أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس ما يمنع من اعتبارها أموالا يستماض عنها بالمال إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعترض عنه بالمال من المنافع وما لا يعترض عنه بالمال وإنما الأمر فى ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف .

ومن البين أن القول بذلك لا يتناقى مع وجوب الدية فإن الدية كما قد منا لا تعد تعويضا كاملا لعدم تفاوتها قدرا بتفاوت الاعتداء الذى وجبت فيه ضررا . وليس هذا وضع التعويض وبخاصة إذا لوحظ مع هذا وجوبها على غير المعتدى وهو عاقلته كما أنها لا تعد عقوبة لعدم اختصاصها بالمعتدى ووجوبها على غيره ولهذا اختلفت فيها آراء علماء القانون الجنائى فمنهم من ذهب إلى أنها وسيلة إلى إطفاء ما فى نفس المجنى عليه من حرارة الألم والغيظ فكانت رضىة له بقدر محدود وتعويضا عن نوع من الضرر المعنوى ومنهم من رآها وسيلة لزجر المعتدى وردع غيره فأشبهت لذلك العقوبة وليست عقوبة ومنهم من رآها بدلا عن النفس أو عن الحياة دون نظر إلى

ما ترتب على الجريمة من ضرر وعن هذه الآراء ذهبوا إلى جواز طلب التعويض معها على أنه قد يقوم في سبيل تطبيق ابتناء التعويض على نظرية المعاوضة أن هذه النظرية تستلزم تملك دافع التعويض لما دفع فيه العوض . وذلك ما لا يتحقق فيما لا يصح تملكه كما في ائلاف خمر الذي ودفع التعويض عنه إذ لا يصح تملك الخمر وهذا نقض يستوجب عدم صحة هذه النظرية وامتناع تطبيقها لعدم اطرادها وإذا امتنع تطبيقها جاز حينئذ تأسيس التعويض على فكرة ارضاء النفس وزوال الحقد وعندئذ يصح أن يضم إلى الدييات ما يرى وجوبه من تعويض مالي .

ما يستوجب الالزام بالدية :

يستوجب الالزام بالدية أو بالأرش الاعتداء في غير عمد على النفس بإزهاق الروح أو على ما دونها من أجزاء الجسم بما يحدث فيه أثراً كما يستوجبها كذلك هذا الاعتداء إذا كان عن عمد امتنع القصاص فيه بسبب من الأسباب المانعة منه شرعاً وفيما يلي بيان ضروب هذا الاعتداد فيما ذهب إليه الفقهاء .

١ - يرى الحنفية أن الاعتداء على النفس بإزهاق الروح قد يكون عمداً أو شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ كما يكون بطريق التسبب .

فيكون عمداً إذا كان بسلاح أو بما يشبه السلاح مما يفرق الأجزاء ويستعمل فيه السلاح من كل محدد من جسم صلب كالحجر والخشب أو غير صلب كالنار . وهذا عند أبي حنيفة وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار القتل بغير سلاح من كل ما يحدث به الهلاك غالباً وإن لم يكن معتاداً من قبيل شبه العمد كالضرب أو الرمي بمجر عظيم أو خشبة عظيمة .

ويكون شبه عمد إذا كان إزهاق الروح فيه عن عمد بما ليس سلاحاً

ولما أجرى مجرى السلاح سواء أكان الهلاك به غالباً كما في الضرب بالحجر العظيم أم لم يكن غالباً كما في الضرب بالسوط ، وهذا عند أبي حنيفة .

وقال صاحباه شبه العمد هو ما يكون إزهاق الروح فيه عن عمد بما لا يحصل به الهلاك عادة كالضرب بالعصا عند عدم تواليه ، أما إذا توالى فأزهاق الروح كان عمداً عندهما وشبه عمد عند الإمام .

ويكون خطأ إذا كان عن خطأ في القصد كأن يرى إنسان شخصاً على ظن أنه صيد فإذا هو إنسان أو كان عن خطأ في الفعل كأن يرى إنسان هدفاً معيناً فيصيب إنساناً لا يقصده . أما ما أجرى مجرى الخطأ فكأن ينقلب نائم على طفل فيقتله ، والقتل بطريق التسبب كأن يحفر إنسان بئراً في غير ملكه فيتردى فيه إنسان فيموت .

٢ - ويرى الشافعية أن أنواع الجناية على النفس ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد ، فيكون عمداً عند قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً سواء أكان جارحاً أم مثقلاً أم ليس كذلك فإن فقد أحد القاصدين خطأ كأن قصد رمي شجرة أو أدى فأعصاب غير ما قصده ثبات ، ومن الخطأ لإقلاق نائم على طفل أدى إلى موته لعدم القصد من النائم .

وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالباً فمات وأمكن في العادة نسبة الهلاك إليه فشبه عمد وذلك لوجود القصد ، ولكنه لا قصد فيه إلى قتل بدليل الآلة المستعملة وإن أدى إلى قتل منسوب إليه . ومنه الضرب بالسوط بلا توالى أما إذا لم تكن نسبة الهلاك إليه مقبولة معروفة فهدر كضرب ينحو قلم في غير مقتل .

ومن العمد عندهم كل فعل يؤدي إلى الهلاك غالباً سواء أكان بمحدد

أو بمقتل أو بنير ذلك كغرز لإبرة في مقتل وكالحيلولة دون نزع جرح وكحبسه ومنع الطعام عنه أو إطعامه طعاماً مسموماً بقصد قتله أو إلقائه في بحر أو نهر وهو لا يحسن السباحة أو غمره بدخان سلط عليه بقصد اختناقه .

وقريب من هذا البيان في أنواع بيان القتل المالكية فالفرق بينهم يسير جداً .

٣ - ويرى الحنابلة أن القتل أنواع ثلاثة : عمد وشبه عمد وخطأ . فالعمد يكون حين القصد إلى قتل إنسان بما يغلب على الظن القتل به ومن ذلك الشهادة أمام القضاء بما يوجب قتل المشهود عليه شرعاً . وشبه العمد يكون عند القصد بما لا يقتل غالباً إذا لم يحدث من ذلك جرح يميت ومنه القتل عن طريق التسبب عند القصد إليه . وأما الخطأ فضربان : خطأ في القصد كأن يرى من يظنه صيداً فإذا هو إنسان أو يفعل ما له فعله وما هو حقه فيقتل بذلك إنساناً دون قصد إلى ذلك ، وخطأ في الفعل ويكون عندما يرى صيداً فيصيب إنساناً أو يفعل ما يتسبب عنه قتل إنسان بلا قصد .

وموجب القتل من المسال إذا لم يكن عمداً الدية باتفاق جميع المذاهب أما إذا كان عمداً فوجبه القصاص والإثم لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى قصاص وذلك ما لم يمنع من القصاص مانع ، أما عند المانع منه فالواجب الدية بدلا عنه وموانع القصاص عديدة وتختلف باختلاف المذاهب وذلك نتيجة لاختلافهم في شروط وجوبه ، فإذا فقد شرط منها لم يجب ووجبت الدية حتى لا يهدر الدم وبيان ذلك في بيان القصاص وشروطه وما هو محل اتفاق منها وما هو محل اختلاف بين المذاهب . فتوفر القصد من الجانب شرط في القصاص باتفاق فإذا لم يتوفر بأن لم

يكن منه قصد إلى القتل أو قصد إلى المجنى عليه كما تقدم في بيان الخطأ لم يجب القصاص ووجبت الدية .

ولذا تجب الدية في جناية المجنون والصبي دون القصاص لعدم القصد المعتبر شرعاً .

وتوفر المكافأة بين الجاني والمجنى عليه شرط في القصاص عند بعض الفقهاء وليس شرطاً عند آخرين ولذا ذهب الحنفية إلى أنه يقتصر من الحر إذا قتل العبد لتحقيق المكافأة الإنسانية وحقوق الحياة وكذلك يقتصر من المسلم بالذمي وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوا الدية على القاتل في هذه المسألة وأماها ولم يوجبوا القصاص لعدم المكافأة في نظرهم في الإسلام والحرية والملك ولورود الآثار بذلك فيما صح عندهم من الأخبار وعلى ذلك فوجب شبه العمد وكذلك العمد إذا امتنع القصاص فيه لسبب من الأسباب الدية والدية الواجبة فيه عندئذ الدية المقلظة .

أما موجب الخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل تسبباً فالدية المخففة وسيأتي بيان ذلك عند الكلام على مقدار الدية .

مما تقدم يبين أن الواجب في العمد هو القود وأن الواجب فيما عداه الدية ، غير أن موجب العمد كان محل خلاف بين الفقهاء في بيانه فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك فيما رواه أبو القاسم عنه والثوري وآخرون إلى أن موجه هو القود عيناً وليس لولى الدم إلا حق القصاص فله طلبه وليس له غيره من دية أو عوض إلا برضا القاتل فيستحق ذلك عند وجوبه بالاتفاق والصلح لا بالقتل .

وذهب الأوزاعي والليث في رواية أشهب والشافعي وأحمد إلى أن موجب العمد لبثاء هو القود والدية بدل عنه ومن حق الولي أن يعدل عنه

إليها باعتبارها بدلاً شرعياً عنه ولذا يكون له الخيار بين طلب القصاص وطلب الدية وإن لم يرض القاتل ويستند أصحاب هذا الرأي الأخير إلى ما رواه أبو شريح الكعبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم فتح مكة ألا أنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل ولاني عاقله فن قتل له بعد مقاتلي هذه قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا رواه أبو داود وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

وفي رواية عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل له قتيل فله إما أن يقتل أو يعفوا أو يأخذ للدية كما روى عنه من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يودي ويرون أن حق العبد بسبب القتل قد شرع جابراً .

وفي كل من القود والدية ضرب من الجبر فكان له أن يختار ما يسد حاجته ويتعين به الواجب كما في الكفارات عند التخيير مثل كفارة اليمين وكما في المثل إذا وجب ثم انقطع فلم يوجد لاذن وجب له أن يرضى بالقيمة في الحال أو يصبر إلى أن يوجد المثل ثانية، ولأن الدية باختيارها قد تعينت دافعاً لهلاك الجاني قصاصاً وهو بامتناعه عنها حينئذ متعنت ومات بنفسه إلى التهلكة فيجبر عليها ولا يحتاج إلى رضاه كالمضطر إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرض له شرعاً بحجره على أخذه بثمنه لإحياء لنفسه .

واستند أصحاب الرأي الأول إلى ما يسدل عليه ظواهر الكتاب العزيز من إيجاب القصاص في القتل مع اقتضائه عليه دون ذكر اللبال إذ يقول الله في كتابه : كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والآثى بالآثى ، فدل ذلك على أن القصاص موجب القتل لا المال . وإلى أن استحقاق مال إنسان لا يكون إلا بتجارة عن رضا منه لقوله

تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، أو بإيجاب من الشارع وإلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من قضية الربيع حين كسرت ثنية جارية إذ قال صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص ، فأخبر أن موجب العمد القصاص وما روى عنه صلى الله عليه وسلم من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود - وقد قال تعالى في كتابه « فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

ولا شك أن المثلية إنما تتحقق عند القتل بالجزاء عليه بالقتل وهو القود ، وإذا كان المثل هو القود وذلك بإتلاف نفسه كما أتلف نفس غيره وإنه يكون كالمتلف مال غيره عندما يكون له مثل إذ ليس له عندئذ أن يعدل عن مثله في التعريض إلا برضا صاحب المال ، ولو كان للولى الاختيار بين القود وأخذ الدية لما اقتصر الرسول عليه الصلاة والسلام عليه في بيانه جزاء القتل . ويؤيد ما ذكر ما نقل عن ابن عباس من قوله العمد قود لا مال فيه . والمال لا يصلح جزاء وموجباً لعدم المائلة بينه وبين النفس صورة ومعنى فلا يصلح جابراً . والقصاص يصلح جابراً للتأنيل صورة ومعنى لأنه قتل بقتل ولأن المقصود بالقتل قصاصاً الانتقام وذلك ما يتحقق بقتل الجاني والمراد بما روى من ثبوت الخيار للولى إتيانه له عند إعطاء القاتل الدية فهو إن شاء أخذها وعفا بأخذه إياها وإن شاء رفض وتمسك بالقصاص . وتخيره هذا لا يتنافى رضاء الآخر الثابت باقداً على الدفع والآداء ويمثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم في العلم لا تأخذ إلا رأس مالك أى لا تأخذ إلا سلبك عند المضي في العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ بخبره بينهما . ومعلوم أنه لا يأخذ رأسماله إلا برضا المسلم إليه لأن الفسخ لا يتم إلا بتراضيهما .

وجملة القول أن النصوص صريحة في أن موجب العمد القصاص ولذا صح

العفو عنه عند اختياره. وإذا كان هو الواجب الأعلى لم ينفرد الولي بالعدول عنه إلى بدل إلا بالتراضى ليحقق معنى المعاوضة حينئذ وهي تقوم على التراضى .

وبناء على ما تقدم ذهب الحنفية إلى أن الولي إذا عفا وكان عفوه مطلقاً لم يجب شيء من المال على القاتل وإن كان نظير مال لم يجب إلا يرضى القاتل زاد ذلك المال على الدية أو نقص عنها أو ساواها فإذا لم يرض سقط القصاص ولم يجب شيء على القاتل وإنما سقط القصاص في هذه الحال لأن جنوح الولي إلى المال بدلاً عنه يعد تركاً له .

وكان لولي الدم عند الحنفية ألا يرضى بغير القصاص من القاتل ولا يجبر على أخذ الدية منه إذا ما رغب القاتل في ذلك ولا تجب الدية إلا باتفاقهما فيكون وجوبها أثراً ونتيجة للاتفاق لا أثراً للجريمة ولذا كان هذا الاتفاق صلحاً له أحكام الصلح فيلزم بما تم الاتفاق عليه من مال زاد على الدية أو نقص عنها أو ساواها وقد كانت تجرى بذلك عادة العرب قبل الإسلام فلم يكن يجب مال في قتل إلا بناء على صلح وتراض .

أما على قول الشافعية ومن ذهب مذهبهم فالأمر لولي الدم إن شاء اقتصر وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض بها الجاني وله العفو على الدية أو على أقل منها دون أن يتوقف نفاذ ذلك وإلزام الجاني بما تضمنته من البدل على رضاه سواء أقلنا لأن موجب العمد هو القود والدية بدلاً عنه كما سبق أم قلنا أن موجب العمد أحدهما وهو القول الثاني عند الشافعي وهذا ما يؤيده ما في الصحيحين من قوله ﷺ من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد ، وعلى القول الأول وهو ما ذهب إليه الحنفية إذا أطلق العفو فلم يعلقه على بدل سقط القصاص ولادية وقوله تعالى « فاتباع معروف وأداء إليه بإحسان » محمول على العفو عن الدية .

ولهذا إذا اختار الدية عقب العفو المطلق وجبت إذا كان عفواً عن القود لأنه الواجب حينئذ ووجبت لالتحاق عبارته بعفوه فكأنه علقه عليها . ولو عفا عن الدية ابتداء لفى عفوه لأنه عفو عما لم يجب ولم يستحق ولذلك كان له العفو عن القود بعد عفوه عن الدية ابتداء لبقاء وجوبه . ولو عفا على غير جنس الدية من المال لزم البدل إن رضى الجاني وإلا لم يلزم وبقي حق القود على الأصح ومقابله يسقط القود لرضا الولي بالصلح عنه وإن لم يتم .

ولو تصالحنا على بدل هو من جنس الدية وكان أكثر منها لفى على القول الذى ذهب إليه الشافعية وهو أن الموجب أحدهما مبهماً ويصح على القول بأن الموجب ابتداء هو القود وهو رأى الحنفية وإنما لم يصح على قول الشافعية لأنه يعد صلحاً عن واجب هو الدية بأكثر منه من جنسه وفى ذلك ربا^(١) .

وأما قوله تعالى بعد ذكر القصاص : فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع معروف وأداء إليه بإحسان ، فليس فيه ما يؤيد أحد الرأيين صراحة إذ قد يكون المعنى فيه أن القاتل إذا عفى له ولي المقتول عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإن الولي يأخذ الدية ويتبع بالمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان وعليه يكون المراد باسم الموصول ومن ، القاتل و « بالأخ » المقتول و « بشيء » الدم الذى يعفى عنه ، ويرجع إلى أخذ الدية وهذا قول ابن عباس وقتادة ومجاهد .

وروى عن مالك أن المراد « بمن » الولي ومعنى « عفى له » يسر له والمراد « بالأخ » القاتل و « بشيء » الدية أى أن الولي إذا جنح إلى الدية بالعفو عن القصاص فإن القاتل مخير بين أن يعطيها أو يسلم نفسه ، وغير مالك يقول إذا رضى الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل يلزمه ، وقد روى هذا أيضاً عن مالك .

وفي رأي أن معنى « عني » يئذل والمعنى فإذا بذلت الدية للولى فاتباع
بمعروف وأداء إليه بإحسان ولذا لم يكن فى الآفة ما يؤيد أحد الرأفين .

شروط وجوب الدية :

يشترط لوجوب الدية فيما يصيب النفس أو ما دونها خمسة شروط :

١ - الأول أن يكون ما يستوجب الدية فعلاً غير مشروع إذ أن إقدام
الشخص على فعل هو حق له لا يترتب عليه مساءلته متى لم يتجاوز حقه
الشرعى فيه ولو تسبب عنه تلف أو ضرر ومن ذلك القتل يقدم عليه الشخص
فى حال الدفاع المشروع إذا لم يتجاوز حدوده كأن يقتل شخص آخر دفاعاً
عن نفسه أو عن أهله أو عن ماله . وكأن يجد رجلاً مع امرأة يزنى بها ويعلم
أنه لا يتزجر بالصياح أو الضرب بما دون السلاح فيقتله إزالة ومنعاً للأمر
المنكر كما يكون له أيضاً قتلها إن علم أنها مطاوعة له . لأن ذلك من قبيل
إزالة المنكر وهو حق متعين عليه فى هذه الحال^(١) فلا يسأل عنه وذلك إذا
لم يجد وسيلة لصرفه ومنعه عن هذا المنكر إلا بقتله . أما الأب إذا ضرب
ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك إلى
تلف نفس أو عضو فإنه يضمن بفعله فى قول أبى حنيفة والشافعى إذ لا يكون
ذلك إلا عند تجاوزه الحد الشرعى ، فإذا لم يجاوز الحد كان ذلك من باب
القضاء والقدر . وذهب مالك وأحمد إلى سؤاله لأن الأثر الذى ترتب على
فعله دليل تجاوزه الحد . ولا يسأل الطبيب الممارس للطب عما يصيب المريض
بسبب علاجه لقول النبى ﷺ ليس على مداو أو ضمان - وقوله من ضَبَّ
ولم يعلم عنه قبل ذلك طب فهو ضامن . وكذا لا ضمان على من قتل شخصاً
محكوماً عليه بالقتل لردة أو قصاص وإن عزز لارتكابه ما ليس له فعله .

٢ - أن يكون سبب القتل أو التلف فعلاً مادياً فمن أخبر شخصاً بخبر ففزع منه فوات فلا ضمان عليه .

٣ - ألا يكون المجنى عليه قد اشترك فيما أدى إلى إصابته اشتراكاً يمنع من إضافة الجناية إلى من أحدثها أما إذا لم يمنع فإن على محدثها الضمان وعلى ذلك إذا أعطى لإنسان آخر السم فتأوله وهو لا يعلم أنه سم فوات فلا قصاص ولا دية عند أبي حنيفة ولكن ذلك لا يمنع من التعزير بحسب ما تقضى به الحال والظروف ولكن لو وضعه في طعامه المعد لأكله فأكله فوات كان عليه دية كما لو أوجره في فيه ولو وضعه في شراب غير معد لشربه فشربه فلا دية ولو ألقى شخص آخر في الماء فغرق لساعته فوات فعليه دية ولكن لو لم يغرق ولكنه سبح في الماء مدة ثم غرق فلا دية إذ كانت وفاته في الأولى بطرحه^(١) وفي الثانية لعجزه عن السباحة وكذلك من جرح شخصاً جرحاً غير قاتل فمالجه بدواء سام أدى إلى موته لم يسأل الجراح إلا عن الجرح فقط ولا دية عليه وهذا بخلاف ما إذا عالج به بما يشفي به الجرح عادة فوات إذ يجب عليه الدية لسريان الجناية إلى النفس .

٤ - يجب فيمن توجب بقتله الدية أن يكون معصوماً فلا دية في قتل الحربى والباغى لعدم العصمة وتجب في قتل الذمى والمستأمن خطأ وكذلك في قتل المعاهد لقوله تعالى «فإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحريم رقبة مؤمنة» وعلى ذلك فالحربى إذا أسلم في داره دار الحرب فقتله بها فسلم أو ذمى خطأ لم توجب بذلك القتل دية عند أبي حنيفة خلافاً للشافعى إذ أوجب فيه الدية لأن أمنه إنما يكون بالدار لا بالإسلام ، وليست الدار دار أمن وعند الشافعى يكون أمنه بالإسلام ويستدل بأحلاق قوله تعالى

ومن قتل مؤمناً خطأ فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فكان بمن تناوله النص .

ويرى الحنفية أن الآية لا تتناوله إذ المراد بالمؤمن فيها المؤمن من كل وجه وهو من أسلم وهاجر فكان له الأمن من ناحية الدين والدار ، وهذا ليس له أمن من ناحية الدار لأنه مكث لسواد الكفار فكان لذلك منهم لما أثر عن رسول الله ﷺ من قوله من كثرة به سواد قوم فهو منهم ولهذا لا تتناوله هذه الآية ولو تناولته بناء على الإطلاق فيها لم يكن لذكر قوله تعالى فيما بعد وهو قوله فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فائدة وكان تكراراً بالنظر إلى ما تدل عليه الآية السابقة وتعالى الله عن ذلك . على أن قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة يدل على أن تحرير الرقبة هو جزاء هذا القتل على وجه الكفاية فلو وجبت الدية مع التحرير لم يكن التحرير جزاء على وجه الكفاية وهذا خلاف ما تدل عليه الآية وتغيير الحكمها . ثم إن عصمة المقتول تعتبر وقت الفعل على أصل أبي حنيفة ومن وقت الفعل والموت جميعاً عند صاحبيه ومن وقت الموت على قول زفر وعلى هذا تخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمي ثم أصابه السهم بعد ارتداده فأتى فإن على من رماه دية عند الإمام أن كان الرمي خطأ تحمله العاقلة وإن كان عمداً فهي في ماله وعندهما لا شيء عليه . وكذلك عند زفر وإن رمى مرتداً أو حريياً فأسلم قبل أن يصيبه السهم ثم مات لا شيء عليه عند الثلاثة وعليه الدية عند زفر وجه قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والقتل إنما يصير قتلاً بفوات الحياة وعند ذلك كان معصوم الدم بإسلامه فتجب الدية وعندهما أن الرامي إنما رمى رمية غير مستوجب جزاء لأنه رمى من ليس بمعصوم الحياة فكان عند صدوره غير محظور فلا ينقلب بعد ذلك محظوراً بأمر حادث خارج عنه وهو الإسلام وهذا عند

أصحابنا وكذلك الوضع إذا رمى مرتدا فعاد إلى الإسلام قبل موته ثم أصابه السهم فأت عند أبي حنيفة أما عندهما فقد تبين أن الفعل وإن صدر حين صدر محظورا إلا أن الخطر فيه إنما يكون إذا كان فعلا موجها إلى معصوم الدم فإذا لم يؤد إلى قتل معصوم الدم ، فقد تبين أنه غير محظور فلا يجب شيء عندهما ويؤيد رأي أبي حنيفة في أن العبرة وقت الرمي لا غير اتفاقهم على هذا المبدأ في رمي الصيد فقد ذهبوا إلى أن من رمى الصيد وهو مسلم ثم ارتد قبل أن يصيبه السهم ثم أصابه حل أكل الصيد إجماعا وإن كان مجوسيا وقت رمية ثم أسلم فأصاب أسهم الصيد فقتله لم يؤكل إجماعا ذلك لأن الرمي هنا نزل نزلة الذبح للضرورة ولا محل ذبيحة المجوس والأصل في ذلك أن ما يرجع إلى أهلية الفاعل تعتبر فيه أهليته وقت الفعل بلا خلاف وما يرجع إلى محل الفعل فهو على الاختلاف الذي ذكرناه . ولا شك أن وجوب الدية يتصل بالمقتول لا بالقاتل فكان محل خلاف على اعتبار الوقت فيه ويختلف الأمر عن ذلك في الشخص إذا جرح وهو مسلم ثم ارتد فأت بالسراية وهو مرتد إذ أنه لا شيء فيه اتفاقا ذلك لأن الجرح لا يقلب فعلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة ، وذلك ما أوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في موضوعنا إذ لم يتوسط ما يوجب انقطاع الفعل عما حدث بالمحل من تبدل .

هـ - لا تجب فيمن نجب عليه الدية إلا أن يكون ذا ذمة مسلما كان أو كافرا ذكر كان أم أنثى وأذن فلا خلاف في وجوب الدية على الصبي وإن كان غير مميز وعلى المجنون وعلى الحر والعبد إنما الخلاف في المال الذي تجب فيه : أن تجب في مال الجاني أم في مال عاقلته وسنعرض لذلك عند كلامنا فيما تجب فيه الدية وإذا كان الجاني رقيقا ووجبت عليه الدية فاتها تتعلق برقبته فأما فداء سيده بها وإما دفعه فيها .

من تجب الدية في ماله

يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه من سورة النساء : وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، والمعنى أن القتل خطأ للمؤمن يستوجب على القاتل تحرير رقبة مؤمنة وأداء دية إلى أهله إلا أن يصدقوا فلا يسألوها ويتركوها صدقة للقاتل وذلك يقتضى أن الدية تجب على القاتل وأن سبب وجوبها هو القتل خطأ وإن مذهب إليه بعض الفقهاء من أنها تجب على القاتل والعاقلة فيما تحمله العاقلة منها بخلاف لما تدل عليه الآية لأن الخطاب فيها موجه إلى القاتل لا إليها ولا إليهما جميعاً .

والدية الواجبة على القاتل نوعان : نوع يحمله القاتل وحده في ماله ونوع تحمله عاقلة معه أو تحمله العاقلة وحدها على خلاف في ذلك بين المذاهب .

ويرجع مبدأ تحمل العاقلة إلى ما كان مألوفاً عند العرب قبل الإسلام من تضامن أفراد القبيلة في الغرامات الجنائية وهي عادة تقوم على التعاون بينهم فأقرها الشارع الإسلامى لما فيها من الخير وجعل ذلك في الحالات التي يقوم فيها عن الجاني وهي حالات الخطأ حيث لا يستحق الجاني العقوبة لعدم قصده الضرر والسعي إليه ووقوعه على الرغم منه لافي حالات العمد والاصرار التي تقتضى تشديد العقوبة على الجاني فلم يكن من المناسب معوته وتحمل العاقلة الدية مشروط بأربعة شروط :

١ - أن تكون الجريمة قد ارتكبت خطأ من غير عمد ولا قصد ولذا كانت جرائم الصغار والمجانين مما تحمل العاقلة عنه في جميع الأحوال لعدم توفر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية .

٢ - أن تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بغير إقراره إذا اقرار حجة على المقر فلا تحمل العاقلة عندئذ شيئاً إلا إذا صدقته في إقراره .

٢ - ألا تكون الدية قد وجبت بغير القتل فإذا وجبت صلحا لم تتحمل العاقلة شيئا منها إلا إذا اشتركت في الصلح .

٤ - ألا يقل ما تلزم به العاقلة عن نصف شر الدية عند الخنفة لأن مادون نصف العشر لاشقة فيه على الجاني في تحمله وعن ثلث الدية عند مالك وأحمد أما الشافعي فلا يجعل لتحملها حدا أدنى فتحمل أى مقدار وإن قلت قيمته .

وذهب أبو بكر الأصم إلى أن الدية على القاتل كلها في جميع الأحوال إذ لا يؤخذ أحد بجريرة غيره لقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » ويستند الجمهور إلى ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وإلى قضاء عمر رضى الله عنه بالدية على العاقلة بمحض من الصحابة من غير فكبر منهم وما وجبت الدية على العاقلة إلا لأن القتال إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل فكان عليهم من وزرها ما بينته السنة .

وإذا لم يتجاوز ما وجب من الدية الحد الأدنى لوجوبه على العاقلة كان وجوبه في مال الجاني إن كان له مال فإن لم يكن له قال كان ديناً عليه في ذمته يؤخر منه إذا أيسر .

العاقلة :

هم من يلزمون بالدية من العصبة والأقرباء والعشيرة وتسمى الدية عقلاً ومعقلاً لأن أبل الديات كانت تعقل بفناء ولى دم المقتول ثم توسع في معناها فشمكت ما يجب في القتل من مال وإن كان دراهم ودنانير وقيل إنما سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولى دم المقتول أو لأنها تمنع (١) الخطر عن القاتل فلا يخشى ناراً والعقل المنع .

(١) إذا نظرنا إلى نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدنا أنه ابن عبد الله ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي ابن غالب

وعاقلة الجاني عند الحنفية هم أهل ديوانه وهم المقاتلون من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وذلك يوم أن كانت الدواوين وكان أهل العطاء . وأول من وضعها عمر بن الخطاب وعلى ذلك لا يشارك في الدية النساء والنرية والصغار والمجانين لأن أساس وجوب الدية عليهم النصره ولا تناصر بهؤلاء . واختلف في دخولهم في العاقلة اذا ما باشروا القتل بأنفسهم والصحيح أنهم يشاركون كما في الشر نبلايه فان لم يكن للمقاتل ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لأن الاستنصار بهم وان لم يكن له عاقلة كاللقيط والذمي فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد عن أبي حنيفة أن ديته في ماله لأن الأصل هو الوجوب في مال المقاتل وانما أخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلته رد الأمر فيه الى حكم الأصل وهو الوجوب في ماله . ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وفي بيت المال ما لهم فكانت ديته فيه لأنهم عاقلته .

ويدخل في العاقلة الجاني فيعد واحدا منها .

وعند المالكية عاقلة الجاني عصبته سواء أكانوا أهل ديوانه أم لا كما هو مذهب المدونة قاله البناني . ويبدأ بالعشيرة ثم الأخوة ثم الفصيلة وهم الأعمام ثم الفخذ وهكذا الأقرب فالأقرب للمقاتل هذا وطبقات قبائل العرب سبعة الشعب ثم القبيلة ثم العبارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة .

وقيل أن أهل الديوان مقدمون على هؤلاء ان كان للجاني ديوان فان لم يكن له ديوان أو كان وليس من أهل الديوان فالعصبة على الترتيب في ولاية التزويج فان لم يكن عصبة فالموالي الأعلون ثم الأسفلون ثم بيت المال فان لم يكن

== ابن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان ؛ فأولاد الحمد الأعلى شعب وأولاد من دونه قبيلة وأولاد من دونه عمارة وأولاد من دونه بطن وأولاد من دونه فخذ وأولاد عمه كالباس فصيلة أما الأخوة فمشيرة

بيت مال في مال الجاني ولا يدخل في العاقلة المجنون والصبي والأثني والفقير .
والعبرة وقت ضرب الديه على العاقلة والجاني واحد من العاقلة بقدر ما ينوبه
على الأظهر ومقابله لا يعد واحدا منهم ولا عقل على غائب غيبة منقطعة وقت
القسمه فلا يضرب عليه عند حضوره ، كما لا يضرب على الفقير عند غناه
ولا على الصغير عند بلوغه ^(١) .

وعند الشافعية عاقلة الجاني عصيته الذكور المكلفون الذين يرثون بنسب
أو ولاء ما عدا أصوله وفروعه لأنهم في حكمه فأعطوا حكمه ويقوم
الأقرب منهم فالأقرب في التحمل كالارث وولاية النكاح فينظر في الأقربين
آخر الحول فإن وفوا بالدية فيها وإن بقى شيء منها فعلى من يلى الأقرب
يوزع عليه ذلك الباقي ويقدم الأخوة ففروعهم ثم الأعمام ففروعهم وهكذا .
ويقدم المدل بأبوين على المدل باب واحد خلافا لمذهب القديم إذ سوى بينهما
لأن الأنوثة لا تدخل لها في التحمل ولا تحمل ذوو الأرحام إلا على القول
بوراثةهم ثم بعد ذلك تجيء عصيته السببية على حسب التقدم في الميراث فإن
لم يكن له عصبة مطلقا فيبت المال فإن لم يكن بيت مال في مال الجاني ولا يدخل
الجاني في العاقلة ^(٢) .

وعند الحنابلة عاقلة الجاني ذكور عصيته من النسب أو الولاء وقريبهم
وبعيدهم وحاضرهم وغائبهم وصحيحهم ومريضهم ولو هربا أو زمتا أو أعمى سواء
ومنهم آباء الجاني وأبنائه ولا يشترط ميراثهم في الحال بل متى كانوا وارثين
لولا حجبهم عقلا وليس منهم الزوج ولا المولى من أسفل ولا الخليف . وإذا
عرف نسب الجاني من قبيلة معينة ولم يعلم من أى بطونها هو لم يعقلوا
عنه لأنهم لا يرثونه ولا مدخل لأهل الديوان فلا عقل على أهله كما لا عقل
على أهل المحلة لعدم ميراثهم ولا يعقل فقير ولا صبي ولا مجنون ولا

(١) الفرج الكبير ج ٤ ص ٢٨٢ والصغير ج ٢ ص ٣٥٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٠ .

أمرأة لأن مبنى العقل التناصر ولا تناصر بين هؤلاء وليس على مخالفى الدين حمل شيء من الدية ومن لا عاقلة له أو له عاقلة عجزت عن جميع الدية فالدية أو باقيها واجبة في بيت المال ولا يتحمل الجاني شيئاً من الدية لأنها تلزم العاقلة ابتداء .

وفي قسمة الدية على العاقلة يقول أحد إماما يحملون على قدر ما يطيقون ترجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد ما يستطيعه ولا يسته والى هذا ذهب مالك وعن أحد في رواية أخرى أنه يفرض على المورث نصف مثقال وعلى المتوسط ربع مثقال لأن مادون ذلك لا تقطع فيه اليد .
واليه ذهب الشافعى .

وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقل ما يفرض عليه حد لأن ذلك مال وجب على سبيل المواساة للقرابة ويستوى القتي والمتوسط فيه مع ملاحظة أنه ليس على فقير من العاقلة حمل شيء من الدية وكذلك المرأة والصبي والمجنون .

مالا تجمله العاقلة :

لا تحمل العاقلة عمداً ولا عوضاً عن جناية عبد ولا مسلماً ولا اعترافاً وقد روى هذا عن ابن عباس . أما العمد فلو جوب القصاص فيه وهى لا تحمل ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد مطلقاً . وحكى عن مالك أنها تحمل الجنابات التى لا قصاص فيها ومنها المأمومة والجانقة وهو قول قتادة لأنها تشبه جناية الخطأ من ناحية أنها لا قصاص فيها وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق منهما القصد المتبر ولا يوجب قصاصاً فاشبه الخطأ وفى قول الشافعى أنها لا تجمله لأنه عمد يجوز التأديب عليه فأشبه القتل العمد من البالغ ولا تحمل العاقلة فيه

شيئاً والعبد إذا قتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته عمداً كان أو خطأ وهو قول مالك والليث وقال علاء وحامد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب في قتله القصاص والكفارة فتحمل العاقلة بدله كما في الحر وروى الرايان عن الشافعي .

ولا تحمل العاقلة ما وجب بالصلح من المال لأنه وجب بالاختيار كالواجب بالإقرار فلا تحمله العاقلة لأن الإقرار حجة قاصرة لا تحمل العاقلة ما وجب به .

ولا تحمل العاقلة ما دون تلك الدية لأن وجوبها على العاقلة كان للتخفيف عن الجاني وليس في تحمل الثلث مشقة ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها لا تحمل الثلث أيضاً ولا تحمل إلا ما فوقه وقال الشافعي تحمل القليل والكثير فإن من حل الكثير يحل القليل .

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف ، كما تحمل من جراحها ما بلغ أرشه تلك دية الرجل وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكنانى ولا تحمل دية المجوسى لأنها دون الثلث إذ أنها ثمانمائة درهم .

وإذا جنى الذمى جناية تستوجب الدية كانت في ماله على قول الشافعي إذ لا تعاقب بين النعمين وفي قول آخر لها على عاقلته أما خطأ الحاكم والقاضى فعلى عاقلته في غير الحكم والاجتهاد إلا خلاف إن كان مما تحمله العاقلة أما خطؤه في الاجتهاد ففيه روايتان إحداهما على عاقلته والثانية في بيت المال . وهذا مذهب أبى حنيفة وهو قول الأوزاعي والثوري وللشافعي في ذلك قولان كالروايتين .

من تجب له الدية

الدية أو الأرض حق المجنى عليه إذا كان حياً ودية النفس عند الوفاة لورثته على حسب الميراث الشرعى لا خلاف فى ذلك بين الأئمة الأربعة وسواء فى ذلك أن تكون دية قد وجبت فى عمد أو وجبت فى شبه عمد أو فى خطأ أو عن قتل بتسبب ، وإذا كانت الدية معتبرة من ترك المجنى عليه فلا يرث منها الجاني إذا كان وارثاً للمجنى عليه لأنه القتل من موانع الارث ، ولو كان خطأ على ما ذهب إليه الحنفية خلافاً لمن لم يجعل الخطأ مانعاً من الارث كالشافعية .

مقدار الدية فيما تجب فيه من مال

يرى أبو حنيفة رحمه الله أن الدية تدفع من ثلاثة أنواع من المال الإبل والذهب والفضة لا من غيرها . وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تدفع منها ومن البقر والغنم والحلل لما روى ابن أبى ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياه ألفى شاه وعلى أهل الحلل مائتى حلة . وما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياه ألفى شاه وعلى أهل الحلل مائتى حلة رواه أبو داود .

واحتج أبو حنيفة بأن التقدير إنما يستقيم بشئ معلوم المالمية وقد جعل أساساً للتقدير عادة وهذه الأشياء خلاف الذهب والفضة ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات ولا غيرها ولم يقبل تقديرها بالإبل إلا بناء على الآثار الواردة بذلك ولم تعرف تلك الآثار فى غيرها وما روى عن جابر

حديث منقطع لا يحتج به وذكر صاحب المبسوط أن عمر إنما أخذ من
البقر والغنم في الابتداء لأنها كانت أموالهم فكان الأداء منها أيسر فأخذها
بطريق التيسير فظن الراوى أن ذلك كان بطريق التقدير شرعا .

فلما صارت الدواوين والعطايا وجعلت أموالهم من الدراهم والدنانير
والإبل قضى بالدية منها .

وقد جاء في بعض الروايات عن عمر رضى الله عنه أنه قام في الناس خطيبا
فقال إلا أن الإبل قد غلت قال الراوى ففرضها عمر عندئذ على أهل الذهب
ألف دينار بعد أن كانت ثمانمائة وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم بعد
أن كانت ثمانية آلاف وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة
وعلى أهل الحلال مائتي حلة (١) .

ويرى المالكية أنه لا مدخل في الدية لغير الذهب والفضة من والإبل
ثياب أو بقر ففي الموازية عن مالك لا يؤخذ فيها بقر ولا حلال ولا تكون
إلا من إبل وذهب وورق للأثار الواردة بذلك .

ويرى الشافعي أن الدية تؤخذ من الإبل خاصة فإن لم يكن إبل وجبت
قيمتها فالواجب مائة من الإبل عند وجودها أو قيمتها بالغة ما يلفت بنقد بلد
الجاني وإذا وجد بعض الواجب دون بعض أخذ الموجود وأعطي قيمة
الباقى وفي القديم إذا لم يوجد إبل كانت الدية ألف دينار (٢) .

ويرى الحنابلة أن الدية مائة بعير أو ألف مثقال ذهب أو اثنا عشر ألف
درهم أو مائتا بقرة أو ألفا شاة فتؤخذ من هذه الأنواع الخمسة فقط (٣) .

واختلفت الفقهاء في أصل تقدير الدية بالنسبة للذهب والفضة فقليل . أنها

(١) النهاية ٣٠٣ ج ٧

(٢) ص ٤٠٤ ازروع الندي

أصل وقيل أنها باعتبار قيمة الإبل التي هي أصل باتفاق ويرى الحنفية أن كلا من الإبل والذهب والفضة أصل ويرى الحنابلة والشافعية أن الأصل هو الإبل لا غير، وقال القاضي أبو يعلى لا خلاف في المذهب في أن أصول الدية الإبل والذهب والبقر والغنم وهو قول عمر وعلاء والفقهاء السبعة .

ويحتج الشافعي بحديث الزهري قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً ثم غلت وصارت قيمة كل بعير أو قيتين وما زالت تغلر حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار .

وبناء على ما ذكر من أن الدية كان الأصل فيها الإبل فلا يلزم ولى الدم إلا بها فإذا أحضر القاتل سواها لم يجب إجباره على أخذه وإذا ما كان الأصل سواها فعلى ولى الدم قبوله إذا حضر والخيار للجاني عند تعدد الأصل كما أنه إذا ما صولح على مقدار من جنس ما جعل أصلاً لم تجز الزيادة عليه لما في في ذلك من شبهة الربا .

مقدار ما يجب من كل نوع

الدية نوعان مغلظة وغير مغلظة ولكل منهما سبب لوجوبه وفيما يلي بيان لمقادير كل منهما :

٢٥ بنت مخاض — هي التي تتبع أمها وقد حملت أو هي التي طعنت في الثانية من عمرها .	الدية المغلظة عند الحنفية
٢٥ بنت لبون — وهي التي تتبع أمها وهي ترضع — أو هي التي طعنت في الثالثة من عمرها .	
٢٥ حقة — وهي التي بلغت أن يحمل عليها أو هي التي طعنت في الرابعة من عمرها .	
٢٥ جذعة — ما طعنت في الخامسة من عمرها .	

المغلطة عند الشافعية .	٣٠ جذعة	— طعنت في الخامسة .
مشكلة وهي	٤٠ خلفه	— والخلفه هي الحامل .
رواية عن أحد	٣٠ حقه	— طعنت في الرابعة .

وعند مالك في حال العمد والخطأ عند التخفيف .

مالك	٢٥ بنت مخاض	كالخنفية
	٢٥ حقه	
	٢٥ جذعة	
	٢٥ بنت لبون	
مشكلة	وعند التغليظ	كالشافعية
	٣٠ حقه	
	٣٠ جذعة	
	٤٠ خليفة	

ومن الأقوال السابقة يبين أن الشارع حين جعل الدية من الإبل أو من غيرها لم يرد أن تكون منها عينا بحيث لا تؤخذ من غيرها من الأموال بل المراد أنها كما تؤخذ مما عينه من الأصناف تؤخذ من غيرها مع مراعاة قيمة ما قدره الشارع كإدال على ذلك قول عمر الذي أشرنا إليه ومن ذلك يبين أن مقدار الدية لا يتغير بتغير الزمن والأسعار إذا ما أخذت الدية من الأصناف التي جعلها الشارع أصلا في تقديرها أما إذا أخذت من غير هذه الأصناف فإنها تزيد وتنقص تبعا لاختلاف أسعار ما قدره الشارع من الإبل .

وقد اتفق الفقهاء على أن دية الرجل الحر المسلم مائة من الإبل في مال

القاتل العائد إذا منع من القصاص مانع ثم اختفوا هل هي حالة أو مؤجلة
فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنها حالة وقال أبو حنيفة هي مؤجلة في
ثلاث سنين على ثلاثة أقساط وهي في هذه الحالة خمس وعشرون بنت مخاض
ومثلها بنت لبون ومثلها حقائق ومثلها جذاع وهي الدية المغلظة .

ويذهب الشافعي إلى أنها في هذه الحال ثلاثون جذعة وأربعون خلفه في
بطونها أولادها وثلاثون حقة وهي رواية عن أحمد .

وذهب مالك إلى أن الدية في هذه الحالة وكذلك في حال الخطأ خمس
وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس
وعشرون بنت لبون وعندئذ يجب حالة إلا أن يشترط التأجيل فيها فتتجم في
ثلاث سنين كدية الخطأ وتغلظ إذا كان القاتل أصلاً لفرعه ولو كان الأصل
مجوسياً إذا امتنع القصاص لمانع - وضابط ذلك عدم قصد الأصل إزهاق
الروح فإن قصده كان أضجعه وذبحه فالواجب القصاص وفي هذه الحالة
تكون الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها .

وأما دية شبه العمدة في عند ابن حنيفة وأبي يوسف وأحمد كدية العمدة
المحض عند الإمام وأبي يوسف . واختلفت الرواية عن مالك في رواية لادية
فيه على الإطلاق وفي رواية أخرى أنها يجب في مثل قتل الأب ابنه على وجه
الشبهة دون العمدة وهي مثلية كما تقدم وقال الشافعي الدية في هذه الحالة
ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وهو
قول محمد .

وأما دية الخطأ وما أجرى مجراه فقال أبو حنيفة وأحمد هي خمس
وعشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض
وعشرون بنت مخاض . وقال مالك والشافعي هي كذلك إلا أنهما جعلتا

مكان ابن مخاض ابن ليون والدية في هذه الحال مؤجلة على ثلاث سنوات عند الجميع .

واختفلوا في الدراهم والدينارين أتواخذ منها الديارات ؟ فذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك إلى أنها تؤخذ منها ولو مع وجود الإبل وقال الشافعي لا يعدل عن الإبل إذا وجدت إلا بالتراضي فإن أعوزت ففي ذلك قولان القديم منها يعدل إلى أحد النقيدين ان من الذهب الف دينار وان من الفضة اثنا عشر الف درهم والجديد منها لا يعدل عن الإبل عند اعوازاها إلا إلى قيمتها وقت القبض زادت أم نقصت ، وانفقوا في الدية من الذهب عند جواز العدول إليه على انها الف دينارواختلفوا في الدية من الفضة فقال أبو حنيفة عشرة آلاف درهم وزن سبعة مثاقيل وقال مالك والشافعي واحد اثنا عشر الف درهم لقضاء عمر بذلك في محضر من الصحابة من غير انكار منهم . واختلفوا في البقر والغنم والحلل أي أصل في الدية فيكون الواجب منها مائتي حلة كل حلة ازار ورداء . ام ليست اصلا وإنما تؤخذ على وجه القيمة فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس شيء من البقر والغنم والحلل اصلا في الدية ولا مقدارا وإنما يرجع إليه بالتراضي على وجه القيمة وقال احمد البقر والغنم اعلان مقداران في الدية فن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاء وإلى هذا ذهب صاحبان كما ذهبوا إلى ان اخذها من الحلل مقدار بمائتي حلة كل حلة ثوبان .

ولا تغليظ للدية إلا من الإبل لأن الشرع ورد بذلك والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً . ذهب إلى ذلك الحنفية وهو مذهب أحمد كما في كشف القناع .

واختلفوا فيما إذا حدث القتل في الحرم أو أقدم الجاني على القتل وهو محرم أو في شهر حرام أو قتل ذارحم محرم منه فقال أبو حنيفة لا تغلظ

الدية في حال من هذه الأحوال ، وقال مالك لا تغلظ في هذه الأحوال إلا في حال قتل الوالد لولده كما تقدم وعندئذ يكون تغليظها من الإبل بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه أما في الذهب والفضة ففيه روايتان أحدهما لا تغليظ فيها والأخرى تغلظ . وفي صفة تغليظها عنه روايتان إحداهما أنه يلزم الجاني من الذهب والورق قيمة الدية المغلظة من الإبل بالغة ما بلغت بشرط الاتقص في الذهب عن ألف دينار وفي الفضة عن اثني عشر ألف درهم ثانيتهما أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ من القيمة فيجمل جزءاً زائداً على دية الذهب أو الورق .

وقال الشافعي تغلظ الدية في القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أما في الإحرام ففيه وجهان أظهرهما أنها لا تغلظ وثانيهما أنها تغلظ بالأسنان فقط لا بالأثمان وقال أحمد تغلظ الدية في تلك الأحوال كلها وصفته إن كان الضمان بالذهب أو بالفضة أن تزداد بقدر ثلث الدية وذهب الحرق إلى أنه لا تغليظ فيها وإن كانت بالإبل فقياس مذهبه أن التغليظ فيها يكون بزيادة القدر لا بالنسب (١) .

وكل هذه الأقوال مرجعها إلى الآثار المروية على اختلاف فيما بينها هذا ولا يقبل من الإبل معيب ولا عجف ولا يجب أن تكون من جنس أبه ولا من جنس أبل بلده . وذهب الحنابلة وأصحاب الشافعي إلى أن الواجب من جنس أبل من يجب عليه سواء أكان هو القاتل أم العاقل لأن وجوب الدية على سبيل المواساة فوجب أن تكون من جنس ما لهم كالزكاة ولماذا كان لدى من وجبت عليه الدية صنفان من الإبل أخذ من كل صنف بقسطه وقيل يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيها شاء وإن دفع من غير

إبله خيراً من إبله أو مثله جاز وإن كان أدون لم يقبل منه إلا أن يرضى المستحق للدية .

ودية المرأة على النصف من دية الرجل باتفاق ، وروى ذلك موقوفاً على علي كما روى مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم . وقال الشافعي ما دون ثلث الدية لا يتصف وذلك عام في النفس والأطراف . وتحملها العاقلة من غير خلاف في حال الخطأ أو في حال العمد إذا منع من القصاص مانع ولا تحمل العاقلة من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل فأقل من ذلك وقد أشرنا إلى ذلك .

ودية المسلم والنهي سواء عند الحنفية وقال مالك دية اليهودي والنصراني على النصف من دية المسلم في العمد والخطأ وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم في العمد والخطأ . وقال أحمد دية اليهودي أو النصراني إذا كان لكل منهما عهد وقتله المسلم عمداً مثل دية المسلم وإن قتله خطأ فبغير روايتان أحدهما ثلث دية المسلم والثانية نصف دية المسلم وهي اختيار الحنفية .

واختلفوا في دية المجوس فقال أبو حنيفة دية نصف دية المسلم في العمد والخطأ وقال مالك والشافعي دية ثمانمائة درهم في العمد والخطأ وقال أحمد في الخطأ ثمانمائة درهم وفي العمد ألف وستمائة درهم .

واختلفوا في ديات نساء أهل الكتاب والمجوس ، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي دياتهن على النصف من ديات رجالهن لا فرق بين الخطأ والعمد وقال أحمد دياتهن على النصف من ديات رجالهن في الخطأ أما في العمد فكديات رجالهن .

واختلفوا في العمد إذا قتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت فقال أبو حنيفة

تجب قيمته بحيث لا تزيد على دية الحر بل تنقص عشرة دراهم عن دية
الحر إذا بلغت دية الحر أو زادت . وقال مالك والشافعي وأحمد في أظهر
روايتيه التي اختارها الحرق تجب قيمته بالغة ما بلغت وعن أحمد رواية
أخرى تجب قيمته بحيث لا يبلغ بها دية الحر ولم يقدر مقدار النقصان .

واختلفوا في العبد إذا جنى جناية عمد فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد
في أظهر روايتيه ولي المجنى عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو على مال
وليس له العفو على رقبة العبد واسترقاقه ولا يملكه بجنايته وقال مالك
وأحمد في رواية أخرى يملكه ولي المجنى عليه بالجناية فإن شاء قتله قصاصاً
وإن شاء استرقه وإن شاء أعتقه غير أن مالك يشترط أن تكون الجناية قد
ثبتت بالبنية لا بالإقرار فإن ثبتت بالإقرار لم يكن له إلا استرقاقه وإذا
اصطدم الفارسان الحران فأتا قال مالك وأحمد على عاقلة كل منهما دية الآخر
كاملة وعن أصحاب أبي حنيفة فيها روايتان أحدهما ما سبقت والأخرى
على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وهو قول الشافعي .

واختلفوا في الحر إذا قتل عبداً خطأ فقال أبو حنيفة قيمته على عاقلة
الحر وقال مالك وأحمد قيمته في مال الحر الجاني وعن الشافعي
القولان السابقان .

الأرش

معنى الأرش : يطلق الأرش في اللغة على النية وعلى الخدش وهو الجرح والخش وعلى طلب الأرش أى النية كما يطلق على الرشوة وما نقص العيب من الثوب لأنه سبب لوجوب الأرش أى العوض وعلى الخصومة بين شخصين وما يدفع من المال بين السلامة والعيب في السلعة وعلى الإعطاء .

وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس .

والأرش في الشرع المال الواجب فيما دون النفس وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل .

والأرش نوعان أرش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل وأرش غير مقدر وهو ما لم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك للقاضى تقديره ويطلق عليه اسم حكومة العدل وفيما يلي بيان ما يجب فيه الأرش من الجناية على ما دون النفس .

الأصل وجوب القصاص في قتل النفس وفي الجروح ما لم يمنع من ذلك مانع وذلك لقوله تعالى : كتب عليكم القصاص في القتلى ، وقوله : والجروح قصاص ، وموانع القصاص عديدة ليس هذا موضع بيانها إذ بيانها في الكلام على أحكام القصاص . وإذا امتنع القصاص في الجروح بسبب من الأسباب المانعة منه كان الواجب عندئذ الأرش وقد يكون مقدراً بنص الشارع وقد يكون غير مقدر وهو حكومة العدل وفيما يلي بيان ذلك :

والكلام في الجناية على ما دون النفس يتناول موضوعين أحدهما بيان أنواعها وثانيهما بيان حكم كل نوع منها . وأنواعها أربعة : أحدها إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف وثانيها ذهاب منافع الأطراف مع بقاء أعيانها وثالثها الشجاج ورابعها الجراح .

أما النوع الأول فمكقطع اليد والرجل والاسبع واللسان وفق العينين وقلع الأسنان ونحو ذلك وأما النوع الثاني فمكتفويت السمع والشم والذوق والكلام والجماع والبطش وتغير لون السن إلى السواد أو الحمره . ونحوها مع قيام محالها ويلحق بهذا النوع لإذهاب العقل ، وأما النوع الثالث فالشجاج وهي إحدى عشرة شجة أولها الخارصة التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم ثم الدامعة وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل ثم الدامية وهي التي يسيل منها الدم ثم الباضعة وهي التي تقطع اللحم أي تقطعه ثم المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم أكثر من الباضعة هكذا روى عن أبي يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي تلاحم منها الدم واسود ثم السمحاق وهي الشجة التي بلغت الجلدة الرقيقة فوق العظم وهو اسم لجلدة رقيقة فوق عظم الرأس أيضاً ثم الموضحة وهي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم وتظهره ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي تنقل العظم بعد كسره ثم الآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت عظم الدماغ ثم الدامغة ، وهي التي تحرق تلك الجلدة ، المذكورة ولم يذكر محمد من هذه الشجاج الخارصة والدامغة لأن الخارصة لا يبق لها أثر عادة . والشجة إذا لم يبق لها أثر لا حكم لها في الأرض . والدامغة لا يعيش معها صاحبها عادة بل تتحول إلى إنلاف نفس .

وأما النوع الرابع وهو الجراح فنوعان جانفة وغير جانفة فالجانفة هي التي تصل إلى الجوف ولا تكون في اليدين والرجلين والرقة - كما لا تكون الشجة إلا في الرأس والوجه وفي مواضع العظم كالجبهة ونحوها ولا تكون الآمة إلا في الرأس والوجه وفي المواضع التي يتخلص منها إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات وجزاؤها إلا في هذه المواضع .

وأما أحكام هذه الأنواع فمختلفة لأن منها ما يجب فيه القصاص ومنها

ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه أرض مقدر ومنها ما يجب فيه أرض غير مقدر - فهذه أربعة أنواع :

(١) والذى يجب فيه القصاص منها هو ما استجمع شرائط وجوب القصاص وهي أن يكون الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً وأن يكون المجنى عليه معصوماً غير جزء للجاني ولا ملوكاً له وأن تكون الجناية مباشرة لا بطريق التسبب وتحقق المماثلة بين المخلين في المنافع والفعلين وبين الأرضين لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن وعدمها يمنع القصاص ودليل ذلك قوله تعالى : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والآنف بالآنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص والآية وإن كانت تحكى ما فى التوراة إلا أنها حكاية لم يعقبا الشارع بإنكار فكانت شريعة لنا كذلك وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله تعالى وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به . ومن الشروط كذلك أن يكون المثل يمكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل مع تعذره ممتنع ولذا لا يؤخذ عضو إلا بمثله فلا تؤخذ اليد بالرجل ولا الإبهام بالسبابة ولا اليد اليمنى باليد اليسرى وهكذا الحكم فى الأسنان وسائر الأعضاء ولا يؤخذ العضو الصحيح إلا بالصحيح فإذا امتنع ذلك سقط القصاص ووجبت الدية : والقاعدة العامة فى ذلك وجوب الدية فى مواضع القصاص عند امتناعه المانع ولذا لا قصاص فى القطع من لحم الساعد ولا فى القطع من العضو والساق والفخذ ونحوها لعدم إمكان المماثلة بين الفعلين وإذا كان المانع فى جانب الجاني بأن كان العيب المانع من المماثلة فى طرف الجاني كان المجنى عليه مخيراً بين القصاص وأخذ الدية لأن حقه فى المثل السليم وهو غير موجود فإن شاء رضى يعمض حقه فيه فاقص وإن شاء انتقل إلى الدية وهى الأرض باعتبارها كل حقه عند امتناع القصاص . وإذا أراد المجنى عليه

القصاص على أن يضم إليه قيمة النقص فليس له ذلك عندنا وقال الشافعي له ذلك كما لو أنلف له عدد من ثيابه فوجد مثل بعض الثالف ولم يجد مثلاً للباقي فإنه يأخذ ما وجد من المثل وقيمة ما لم يجد له مثلاً .

والحنفية أنه قادر على استيفاء أصل حقه وليس يفوته مع ذلك إلا الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك منه تنازلاً عن الصفة كما إذا رضى عن ثالف بمثل أقل منه جودة لم يكن له طلب زيادة عليه .

ولو ذهب الجارحة المينة قبل طلب قطعها بطل حق المجنى عليه في القصاص لزوال محله ووجب الأرض إن كان قطعها يحق كقطع اليد بسبب السرقة ولا أرض له إن قطعت بسبب سماوى أو قطعت ظلماً ، وقال الشافعي له الأرض في الحالين .

والحنفية في الفرق بين الحالين أنها تعتبر موجودة حكماً إذا ما قطعت بحق كحق السرقة لأنه في هذه الحال قضى بطرفه حقاً مستحقاً عليه قضاء فكان كأنه قائم وتعذر القصاص مع قيامه فيجب الأرض كاملاً ولا قصاص إذا ما تعدد الجاني وكانت جنايتهما واحدة كما إذا قطع إثنين يد رجل بل يكون عليهما الأرض نصفين خلافاً لأبي يوسف إذ لا مائة بين قطع أبديد أو أرجل برجل . ولا يجرى القصاص بين طرفي الذكر والأنثى والحر والعبد لاختلاف الأرض وذلك لعدم معرفة النساوى في الأرض عندئذ لأن أرض الذراع حكومة العدل وذلك بالحرز والظن فلا يعرف النساوى بين أرضهما لاختلاف الحرز .

وأما الشجاج فلا خلاف في وجوب القصاص في الموضحة لإمكان الاستيفاء مع المائلة إذ لها حد تنهى السلاح إليه وهو العظم ولهذا لادية فيها إلا إذا منع من القصاص فيها مانع وكذلك لا خلاف في أنه لا قصاص فيها بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيها على وجه المائلة أما ما قبل الموضحة ففي الأصل لمحمد أن القصاص يجب في الموضحة والسماحق والياضعة والدامية

وزوى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص في ذلك ما عدا الموضحة
وعن النخعي ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة العدل .

(٢) وأما ما يجب فيه دية كاملة من الجراح فهو ما أدى منها إلى وفاة
المجروح عند امتناع القصاص وفيه القصاص إذا توفرت شروطه وإذا لم
يؤد إلى وفاة المجروح فلا قصاص وبناء على ذلك لا قصاص بين الذكر
والأنثى في الأطراف لعدم المائلة ولذا كان الواجب في الجرح عندئذ المال
على حسب ما يأتى ولا بين أطراف الحر والعبد لعدم المائلة في الأرض ،
فالأرض في الأحرار مقدر شرعاً وفي العبيد الواجب فيها القيمة وقد يختلفان
وإذا تساويا فأحدهما مبناه الحذر والظن وهو الواجب في جروح العبيد
وذلك ما يختلف فيه الأنظار بخلاف الأرض الواجب في الأحرار وذهب
الشافعى إلى أن المساواة في الأرواح غير معتبرة في جروح الأحرار
لجريان القصاص بينهم في النفس فيجرى كذلك في الأطراف وكذلك بين
الذكر والأنثى الحرين . ويرى الحنفية أنه لا مائلة بين أرشيهما فلا قصاص
لذلك بين طرفيهما وكذلك لا قصاص بين طرفين صحيح وأشل ولا بين
الأظافر لانعدام المساواة في الأرض . فأرش الأظافر مرده إلى الحكومة
وهي قائمة على الحذر والظن وذلك ما يختلف الأنظار .

ما يجب في الجروح - تجب الدية إذا ترتب على الجناية فوات المنفعة
المقصودة عن العضو على الكمال وذلك إما بإبادة العضو أو بإذهاب منفعته
مع بقاء صورته .

وأما ما يجب بإبائه الدية من أعضاء الجسم فتلاوة أنواع : نوع لانظير
له في الجسم ونوع في الجسم منه لإثبات ونوع في الجسم منه أربعة .

أما ما لا نظير له في الجسم فسته أعضاء وهي الألف واللسان إذا ذهب
بقطعه أو بقطع بعض الكلام والذكر والصلب إذا احدوب بالضرب

وانقطع المني ومسلك البول ومسلك الغائط وفي المرأة إذا حصل بالجنسية الإفضاء ، ففي كل واحد منها الدية كاملة .

وما في الجسم منه لثتان : العينان والأذنان والشفتان والحاجبان إذا ذهب شعرهما والثديان والحلبتان والأثنيان ففي كل لثتين منها الدية كاملة وفي أحدهما نصف الدية .

وما في الجسم منه أربعة فنوعان أحدهما أشعار العينين إذا لم تنبت الأهداب ففي كل شعر منها ربع الدية والثاني الأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت .

وأما ما تجب الدية بذهاب منفعته مع بقاء صورته فذلك ما يتمثل في ذهاب العقل أو البصر أو الشم أو الذوق أو الجماع أو الأحبال بضربة تصيب الجسم فلو ضرب إنسان آخر فترتب على ذلك زوال منفعة من هذه المنافع وجبت الدية كاملة بأن ذهب عقله أو سمعه أو بصره أو سقط شعره لأن هذه منافع مقصودة وقد فانت كلها فتجب الدية ، وقال الشافعي لا يجب في سقوط الشعر إلا حكومة عدل ذلك لأنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس لأنها بدلها إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين إذ تفويت منفعة الجنس تكون عنسده النفس تالفة من وجه فوجبت لذلك الدية وليس يوجد ذلك في حلق الشعر فتجب فيه الحكومة .

ولأبي حنيفة أن في فوات الشعر فوات جمال مقصود فيشبه فوات بعض الأعضاء فوجبت لذلك الدية .

شروط وجوب الدية في الجراح :

ولا تجب الدية فيما تقدم إلا بشروط :

(١) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص فأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ بالنظر إلى وجوب الدية فيه .

(٢) أن يكون المجنى عليه ذكراً فإن كان أنثى كان الواجب دية الأنثى وهي نصف دية الذكر سواء أكان الجاني ذكراً أم أنثى .

(٣) أن يكون الجاني والمجنى عليه حرين فإن كان المجنى عليه رقيقاً فالواجب في ذلك القيمة على قول أبي حنيفة وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال كل شيء من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة ، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقضى بأن كل شيء من الحر فيه قدر من الدية ففيه من العبد ذلك القدر من قيمته لا فرق بين ما يقصد به المنفعة كاليد وما يقصد به الجمال والزينة كالحاجب والشعر . والحاصل أن ما يقصد به المنفعة فيه القيمة ورواية واحدة وما يقصد به الزينة فيه روايتان : إحداهما عن محمد أن الواجب فيه ما نقصه العبد بأن يقوم مع الجناية عليه ثم يقوم سلباً ليس به الجناية ويغرم الجاني الفرق بين القيمتين وإلى هذا ذهب أبو يوسف في أحد قوليهِ والرواية الأخرى في ذلك وجوب قيمة العبد كلها ووجه هذه الرواية أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما وجبت دية الحر كلها في مثل ذلك وجبت قيمة العبد كذلك وعند وجوب القيمة يرى أبو حنيفة أنها لا تصل إلى الدية فتساويها بل يجب أن تنقص عنها بعشرة دراهم على الأقل وهو القدر المعتبر في نصاب حد السرقة أو في المهر .

وأما ما يجب فيه الأرض المقدر من الشارع فالقاعدة فيه :

أن كل اثنين يجب فيهما دية كاملة يكون الواجب في أحدهما نصف الدية كإحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت

الآلهاب والشفتين والأثنيين واليدين والجلتين يستوى في ذلك العيين
واليسار لأن حديث عمرو بن حزم لم يفصل بينهما وفي كل أصبع من
أصابع اليدين والرجلين عشر الدية وهى سواء في ذلك ، وسواء في ذلك
انقطع الأصابع وحدها أم قطع الكف معها والشلل كالقطع لفوات المقصود
وفي كل مفصل من أصبع فيه ثلاثة مفاصل ثلث دية الأصبع فإن كان فيه
مفصلان فنصفها وهكذا وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان
في ذلك كلها سواء ولو ضرب رجلا ضربة فآلني أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة
أخماس الدية لأن الاسنان ٢٢ في كل سن نصف عشر الدية فجملة ديتها
 $٢٢ \times \frac{١}{٢} = ١١$ من الدية .

وأما الشجاج في الموضحة إذا برنت وبقي لها أثر خمس من الإبل وفي
الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل
الموضحة أرش مقدر وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر
فلا شيء فيها عند أبي حنيفة فقال أبو يوسف فيها حكومة الآم وقال محمد فيها
أجرة الطيب ولا ضمان في الضرب إذا لم يترك أثرًا وإن كان موجعا .

ومن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله وجب
عليه الدية كاملة وفي دخول أرش الموضحة في هذه الدية قال الطرفان لا يدخل
إلا في دية الشعر والعقل وقال أبو يوسف يدخل في دية الجميع إلا في دية
البصر وقال زفر لا يدخل في شيء من ذلك أصلا فالجنايتان مختلفتان وإكل
أرش مستقل ولأبي يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من
البواطن فيها أرش الموضحة كالعقل بخلاف البصر وهذا الفرق منقوض بالشعر
لأنه ظاهر ويدخل فيه أرش الموضحة ولأبي حنيفة ومحمد أن التفرقة بين الشعر
والعقل وبين غيرهما بينة في الشعر والعقل أصابت الجناية عضوا واحدا هو الدماغ
يفعل واحد وبسبب واحد فالذى حدث من الجاني هو فعل واحد ووجوب
الارش بسبب فوات الشعر وذلك متحقق في الموضحة ولا يضير أن الفات

فيها أقل مساجحة ألا يرى إنه إذا قطع رجل إصبع آخر فضلت اليد بسبب ذلك دخل ارش الإصبع في دية اليد؟ كذلك هذا وفي العقل تحب دية النفس كلها انوائها معنى بفوات العقل فدخل فيها ارش الموضحة كما في تلف النفس بطريق السراية من موضحة أما السمع والبصر فإن سبب الوجوب في كل منهما تقويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب وامتنع لذلك التداخل وتدخل دية هذه الأشياء كلها في دية النفس عند السراية إليها .

والشجاج كلها سواء في التداخل قلت أو كثرت إذا لم يتجاوز ارشها الدية والأزيد على الدية بقدر زيادة الأروش عنها فلو كانت الشجاج أربع أوام ذهب بسببها الشعر كان الواجب دية وثلاث بعد سقوط قدر الدية من ديات الشجاج لتداخله في الدية الواجبة بسبب سقوط الشعر .

وذهب زفر إلى أنه لا تداخل والواجب عندئذ دينان وثلاث دية ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه نظر إلى ارش الموضحة وإلى حكومة العدل الواجبة في الشعر فإن كانا سواء أو كان ارش الموضحة أقل من حكومة العدل لم يجب الأارش الموضحة وإن كان أحدهما أكثر دخل الأقل في الأكثر أيهما كان لأنهما واجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة .

وإذا قطع الكف وفيه ثلاث أصابع فأكثر وجبت دية الأصابع ولا شيء في الكف لأنه تبع وإذا كان فيه أقل من ثلاث أصابع وجب ارش ما بقى منها فيه وإن كان مفصلا واحدا ولا يجب في الكف شيء عند أبي حنيفة لأن الأصل عنده أنه إذا بقي في الكف شيء من الأصابع له ارش معلوم ولو كان مفصلا واحدا دخل ارش الكف في ارش ما بقى من الأصابع له ارش معلوم ولو كان مفصلا واحدا دخل ارش الكف فيه وعندهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة العدل الواجبة في الكف وإلى ارش ما بقى من الأصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما ولو قطع اليد مع الذراع ففي الكف مع أصابعها الدية وفي الذراع حكومة العدل في قول الطرقيين وقال أبو يوسف يدخل ارش الذراع في دية اليد وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب

والرجل من الورك أو اليد من العضد أو الرجل من الفخذ فعند أبي حنيفة -
ومحمد أصابع اليد لا يقبها إلا الكف فلا يدخل في إرشها إلا إرش الكف
وأصابع الرجل لا يقبها غير القدم فلا يدخل في إرشها إلا إرش القدم وعند
أبي يوسف إن مافوق الكف من اليد تبع وكذلك مافوق القدم من الرجل
فيدخل إرش التبع في المتبوع .

وأما سائر جراحات البدن إذا برئت وبقي لها أثر فبها حكومة العدل
وان لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة أما إذا مات منها المجنى
عليه سرية وكانت خطأ وكان المحدث لها أكثر من شخص واحد وكانت
كلها مضمونة فالدية على من أحدث بعددكم ولا عبرة بعدد الجراحات فهي
نصفان بين الجارحين وأثلاثا بين ثلاثة أحدثوا الجراح دون نظر إلى عدد
الجراح من كل منهم وان كان بعض الجراحات مضمونا وبعضها غير مضمون
فالحكم كما يأتي : إذا جرح المجنى عليه شخص وسبع دقات المجنى عليه فاعل
الرجل نصف دية والنصف الآخر هدر لأن جناية العجماء هدر ولا عبرة
في هذا أيضاً بعدد الجراحات مع ملاحظة جعل الجراحات غير المضمونة كلها
وهي التي ليس لها حكم يلزم محدثها كجراحة واحدة يهدر بها نصف الدية .

وهذا إذا كان المجنى عليه حراً ذكرًا فإن كان أنثى حرة فالواجب في دية
جروحها على النصف من الواجب في جروح مماثلة لها من الحر الذكر لأنه إذا
نصف بدل النفس إجماعاً فكذا ينصف بدل مادونها - وذهب أهل المدينة
إلى أن المرأة تعاقب الرجل إلى ثلث ديتها فأرشفها إرش الرجل إلى ثلث الدية
فإن زاد على الثلث تنصف أرشفها .

ولكن القول بما ذهب إليه أهل المدينة يؤدي إلى قلة الارش عند كثرة
الجناية وذلك غير معقول وإلى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة
الرأى فقد سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة فقال فيها عشر

من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة قال ففيها عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جراحها وعظمت مصيبتها قل ارشها فقال سعيد أعرافى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يابن أخى يعنى سنة زيد بن ثابت واستناد سعيد الى سنة زيد يدل على عدم ثبوت ما روى في ذلك من حديث يؤيده والا لأحال على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ارش الجنين

إذا ضربت حامل على بطنها فألقت جنينا وهو حر كانت فيه الغرة عبد أو أمة سواء ألقته حيا أم ميتا متى كان قد استبان بعض خلقه فظهر أنه جنين فان لم يستن شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه حينئذ مضغة ولا فرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أحاديث تقضى بذلك منها أنه قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم وكان ذلك بيانا للغرة وتقديرا لها . .

وذهب الشافعى الى أنها مقدرة بستائة درهم وذلك للاتفاق على أن الواجب في الجنين نصف عشر الدية والدية تختلف في قدرها بين عشرة آلاف واثنى عشر ألف درهم وتجب الغرة على العاقلة لما رواه المغيرة بن شعبة قال كنت بين جارينتين فضربت احدهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين . وهى ميراث بين ورثة الجنين عند عامة العلماء وقال مالك لا تورث وهى للأم خاصة ولا كفارة على الضارب وأما إذا ألقته حيا ثم مات فالدية كاملة على الضارب وعليه الكفارة لما تحقق أن ذلك قتل لنفس في معنى الخطأ . وإذا خرج الجنين بعد موتها ميتا ففي الأم الدية ولا شيء في الجنين خلافا للشافعى ووجه قول الحنفية أن موت الجنين يحتمل أن يكون بسبب موت الأم ويحتمل أن يكون بسبب الضرب وإنما عرف الضمان بالنص

في حال مخصوصة وهي ماذا خرج ميتا قبل موت الأم فيقتصر على ماورد فيه النص .

ما تحمله العاقلة من الأروش :

إذا بلغ أرش الجنابة فيما دون النفس نصف عشر الدية فصاعداً تحمله العاقلة وهو خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الإناث أما فيما دون ذلك فلا تحمله العاقلة عند الحنفية إذ أن تحملها على خلاف القياس وإنما صرنا إليه بحديث الغرة وهي نصف عشر الدية أما ما دون ذلك فلا يتناوله هذا الحديث فيبقى على الأصل فلا تحمله العاقلة .

وقال الشافعي تحمل العاقلة القليل كما تحمل الكثير لأنها إنما حملت لمعنى النصرة منها وذلك متحقق في القليل والكثير ثم ما بلغ نصف عشر الدية إلى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة أما ما زاد على ذلك فيؤخذ في السنة الثانية إلى ثلثها وما زاد على ذلك في الثالثة مراعاة لحكم الدية كاملة .

وأما ما فيه حكومة العدل وهو ما لم يقدر له الشارع أرشاً فقبا إلى بيان .

جاء في شرح الدر وابن عابدين عليه ج ٥ ص ٤١٦ من كتاب الدية حكومة العدل إن كانت مثل أرش الموضحة أو دونها لا تتحملها العاقلة وإن كانت أقل من ذلك فلا دية فيه عن أصحابنا واختلف في ذلك المتأخرون فقال شيخ الإسلام الصحيح عدم تحمل العاقلة ذلك كذا التتارخانية ويقابله أن العاقلة تتحمله .

أحكام العفو عن الدية وما يترتب عليه :

إذا وقعت الجنابة فتعين الجزاء فيها ما لا دية أو أرشاً كان لمن له الحق فيه أن يعفو عنه وأن يبرئ منه وكان لذلك حكم الإبراء من الدين ومراعاة

وقته من أنه وقت صحة أو وقت مرض إذا كان العفو أو الإبراء عن المالم عند وجوبه فإن كان العفو عن القطع الذى يوجب المالم سواء أكان ذلك بنص الشارع أو بمحكومة العدل فإما أن يكون عفواً فى حال العمد أو فى حال الخطأ وفى كلتا الحالتين إما أن يكون عن القطع وحده وإما أن يكون عن الجناية بأن قال عفوت عن هذه الجناية أو عن القطع وما يحدث منه .

إن كان - الجناية عمداً وقال المجنى عليه عفوت عن القطع لا يكون ذلك عفواً عن سريته إذا سرى فترتب عليه الموت عند أبى حنيفة خلافاً لصاحبيه وعلى ذلك يضمن القاطع الدية عنده وهذا هو الحكم فى العفو عن الشبهة أيضاً وقال الصحابان يكون ذلك عفواً عن النفس أيضاً فلا ضمان إذا مات لأن العفو حينئذ يضاف إلى الفعل من القطع أو الشبهة لا يراد منه إلا موجه لأن الفعل نفسه لا يحتمل العفو وموجه أما ضمان الطرف المقطوع أن اقتصر القطع فلم يسر وإما ضمان النفس إن سرى فصار ذلك كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه - ولأن اسم القطع أو الشبهة يتناول السارى منهما والمقتصر لأنه جنس يشمل العفو عنه ما يترتب على كل منهما كما إذا أمر إنسان آخر بقطع يده فقطعها وسرى ذلك إلى النفس لم يجب له شيء لأن إذنه بالقطع يتناول فكذلك العفو عنه يتناول ما يحدث منه وكثيراً ما يذكر السبب ويراد به المسبب .

وقال أبو حنيفة أن حق المجنى عليه فى القتل دون القطع وبالسرية تعين أن الجناية قتل منذ البداية ومع ذلك يكون عفوه عن القطع عفواً عن غير حقه فبطل وتجب الدية ولم يجب القصاص للشبهة التى أورثها إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر - وكذلك الحكم إذا كانت الجناية خطأ حتى إذا قال المجنى عليه عند قطع يده عفوت عن اليد كان عفواً عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفواً عن دية النفس بالإجماع حتى إذا مات من هذا القطع لم يجب دية

غير أنه يعتبر عفو من تلك التركة لأن موجه المال وقد حدث في مرض موته لتعلق حق وراثته به كسائر أموره بخلاف ما إذا كان القطع عمداً حيث يصح العفو من جمع المال لأن موجهه عندئذ القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال .

القسامة — يطلق اسم القسامة في اللغة على اليمين والقسم وعلى الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه أو يشهدون وعلى الإيمان يقال حكم القاضي بالقسامة أى باليمين كما يطلق على أولياء الدم وعلى إيمانهم وعن هذا أطلق فقط على الإيمان التي يحلفها أولياء الدم عندما يدعون القتل على غيرهم وعلى إيمان من ادعى عليهم إزهاق نفس على الصورة الآتية يانها :

إذا وجد قتيل في محلة أو دار أو في موضع قريب من المحلة بحيث يسمع صوت من يصيح فيه من بالمحلة ولم يعرف قاتله كان لأولياء دم هذا القتل أن يتغيروا من أهل هذا المكان الذي وجد فيه خمسين رجلاً يمرض على كل منهم بناء على دعوى أولياء الدم وطلبهم أن يحلف بالله ما قتله ولا علمت له قاتلاً فإذا حلفوا غرموا الدية ومن نكل منهم حبس إلى أن يحلف أو يقر وهذا عند الحنفية .

ولا قسامة إلا بعد دعوى على أهل المكان بالقتل وطلب لإيمانهم وذلك بعد أن يكون الذي وجد قتيلاً وذلك بأن يكون به أثر القتل من جراحة أو خنق أو أثر ضرب أو نحو ذلك مما يدل على أنه قتيل فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة ولا دية إذ الظاهر أنه حينئذ ميت حتف أنفه ويجب أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتل مملوكاً لأحد أو في يد أحد وإلا فلا قسامة ولا دية ولذا لا قسامة إذا وجد في موضع لعامة الناس أو لجماعة لا يحصون لأن القسامة إنما وجبت واستتبعت الدية لظهور قصص أهل هذا الموضع في المحافظة عليهم في حراسته حتى وقع فيه ما وقع فإذا لم تكن الحراسة مطلوبة من

أحد بعينه فلا تقصير ولا قسامة ولذا لا قسامة في قتل وجد بالمسجد الجامع ولا في طريق عام ولا في حبس عام وعندئذ تجب الدية في بيت المال لأن تقدير أمر هذه المواضع العامة إلى السلطان فكانت الدية في الأموال العامة .

وإذا لم يكن من أهل الموضع خمسون رجلاً تكرّر الإيمان عليهم حتى تكمل خمسين يميناً لقضاء عمر رضى الله عنه بذلك بمحض من الصحابة مع عدم أنكار أحد منهم ولا قسامة فيما دون النفس من الجنائيات .

ذلك ما ذهب إليه الحنفية وقد استدلوا بما روى عن زياد بن أبي مريم قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال إني وجدت أخى قتيلاً في بني فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجتمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علّوا له قاتلاً فقال يا رسول الله أليس لي من أخى إلا هذا فقال صلى الله عليه وسلم بل لك مائة من الإبل فدل ذلك الحديث على أن القسامة واجبة على أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة .

وذهب الشافعي إلى أنه إذا وجد قتيلاً في محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يجاورها بلد كبير أو في قرية صغيرة يسكنها أعداء له أو أعداء لأهله وكان هناك لوث - والمراد به قرينة حالية أو مقالية تؤيد صدق المدعى للدم في دعواه القتل على أحد من أهل هذا الموضع - كان لورثته الحق في القسامة بشرط ادعاء القتل على شخص معين منهم مع بيان صفته من عمد أو خطأ وانفراد به أو اشتراك مع غيره فيه فيحلف المدعى خمسين يميناً على أن قاتله فلان عمداً أو خطأ ولا يشترط توالياً على المذهب وإذا تعدد الورثة بأن كان له أكثر من وارث وزعت الخمسون عليهم بحسب الإرث وفي قول يحلف كل منهم خمسين يميناً ولو نكل أحدهم كمل الآخر الإيمان وأخذ حقه من الدية كما هو الحكم في حال غيبة أحدهم وإن أبى الحاضر أن يحلف انتظر حضور الغائب فإن حلفوا استحقوا الدية على عاقله المدعى عليه سواء كانت الدعوى بقتل خطأ أم عمداً .

وقد استدلل الشافعي رحمه الله تعالى فقال أخبرنا مالك (١) عن ابن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل بن أبي حيثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحبة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فتفرقا في حوائجهما فأتى محبة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في فقير (٢) أو عين فأتى يهود فقال أنتم والله قتلتموه فقالوا والله ما قتلناه فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك لهم فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محبة يتكلم وهو الذي كان بغير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحبة كبر كبير يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا إليه انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحبة وعبد الرحمن أن تحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قال فتحلف يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار قال سهل لقد ركصتني منها ناقة حرراء قال الشافعي أخبرنا الثقفى قال حدثني يحيى بن سعيد وأخبرنا ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حيثمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل معنى حديث مالك قال الشافعي فإذا كان مثل هذا السبب الذي حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بالقسامة حكنا بها وجعلنا فيها الدية على المدعى عليه وإذا لم يكن مثل ذلك السبب لم نحكم بها فإن قال قائل وما مثل السبب الذي حكم فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قيل كانت خيبر دار يهود التي قتل فيها عبد الله بن سهل محضة لا يخططهم فيها غيرهم وكانت العداوة بين الأنصار واليهود ظاهرة

(١) الام ج ٦ ص ٧٨ .

(٢) الفقير مخرج الماء من القناة .

وجرح عبد الله بن سهل بعد العصر ووجد قتيلاً قبل الليل فكاد أن يغلب على من علم هذا أنه لم يقتله إلا بعض يهود وإذا كانت دار قوم محقة لا يخلطهم فيها غيرهم وكانوا أعداء للقتول أو قبيلته ووجد القتل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم فاهم القسامة وكذلك إذا كان مثل هذا المعنى مما يغلب على الحاكم أنه كما يدعى المدعى على جماعة أو على واحد وذلك مثل أن يدخل نفر بيتاً فلا يخرجون منه إلا وبينهم قتيل وكذلك إن كانوا في دار وحدهم لأن الأغلب أنهم قتلوه أو قتله بعضهم وكذلك أن يوجد في صحراء أو ناحية ليس إلى جنبه عين ولا أثر إلا لرجل واحد مختضب بدمه في مقامه ذلك أو يوجد قتيل فتأتى جماعة متفرقة من المسلمين من نواح لم يجتمعوا فيثبت كل واحد منهم على الانفراد على رجل أنه قتله فتواطأ شهادتهم ولم يسمع بعضهم شهادة بعض وإن لم يكونوا بمن يعدل في الشهادة أو يشهد شاهد واحد عدل على رجل أنه قتله لأن كل سبب من هذا يغلب معه على عقل الحاكم أنه كما ادعى ولى الدم أو أولياؤه ولهم عند ذلك أن يخلفوا على واحد من أهل القرية أو البيت أو الجماعة أو على أكثر من واحد أنه القاتل وإذا وجبت القسامة فلاولياء القتل أن يقسموا وإن كانوا غيباً عن موضع القتل لأنه قد يمكن أن يعلموا ذلك باعتراف من القاتل أو بينة تقوم عندهم لا يقبل الحاكم منهم غير ذلك من وجوه العلم التي لا تفيد قطعاً .

وذهب المالكية إلى أن القسامة خمسون يميناً متوالية على البت لا على نفس العلم بالقاتل وتجب عندما يوجد قتيل في ظروف ينشأ عنها الظن بصدق المدعى وذلك قد يكون عند ادعاء القتل على معين عمداً أو ادعائه على غير معين من جماعة معينة عمداً أو خطأ مع وجود قرائن تؤيد المدعى في دعواه وتورث الظن بصدقه فإذا ادعى ولى القتل على آخر أنه قتل موليه عمداً وكان ذلك مع اللوث وحلف خمسين يميناً أن فلاناً المدعى عليه قد قتل فلاناً عمداً فإنه يقتض من المدعى عليه . ومن اللوث أن يقول القتل قبل

وفاته فتلقى فلان عمداً أو خطأ فإنه عند ذلك يقبل قوله ويكون لوئاً بشرط أن يشهد على إقراره عدلان فأكثر وأن يصبر على قوله إلى وفاته وأن يكون به جرح أو أثر ضرب وإذا أطلق القتل فلم يذكر عمداً ولا خطأ كان للولى البيان وعليه أن يقسم على ذلك فإذا حلف على العمد خمسين يميناً اقتيد له وإن حلف على الخطأ خمسين يميناً أخذ الدية وإذا تعدد الأولياء واختلفوا في وصف القتل فلا قسامة ومثله في الحسك إذا قالوا اكلمهم قتله عمداً ونكلوا عن اليمين .

أما في دعوى الخطأ إذا اختلفوا في الوصف بعد ذلك فقال بعضهم لا نعلم أكان القتل عمداً أو خطأ فلدعى الخطأ أن يحلف خمسين يميناً وله خطر من الدية كما لو نكل بعضهم عن اليمين بلا خلاف بينهم — وإذا حلفوا كل منهم خمسين يميناً استحقوا الدية على عاقلة المدعى عليه وإذا شهد اثنان على أن القاتل الذى شاهدوه دخل في جماعة ولا يعلمون من هو منهم كان على كل فرد من الجماعة أن يحلف خمسين يميناً فإذا حلفوا جميعاً أو نكلوا جميعاً فالدية في أموالهم واجبة للأولياء وإن حلف بعضهم ونكل البعض فالدية على الناكل وحده في ماله بلا قسامة على الأولياء وهذا إذا كان القتل عمداً فلو كان خطأ فالدية على عاقلة إن حلفوا أو نكلوا .

وفي المدونة قال مالك إذا ادعى أولياء الدم على جماعة أن فلاناً منهم قتل مولاهم عمداً وأقسموا على ذلك كل خمسين يميناً وكان لهم لوث من بيعة أو نكلهم من المقتول أو قامت البيعة على أنهم ضربوه ثم مات أياكون لهم القود من المدعى عليه قال نعم فإن ادعوا أن القتل خطأ وجاءوا بلوث من بيعة على أنهم ضربوه وأقسموا على ذلك خمسين يميناً فإن لهم الدية .

وعند الحنابلة لا قسامة إلا بشروط أحدها دعوى القتل عمداً أو خطأ أو شبه عمد على واحد معين مع اللوث . واللوث هو العداوة الظاهرة كالضغن

بين المقتول والقاتل واتفاق الأولياء في الدعوى فإن كذب بعضهم بعضاً فادعى أحدهم القتل وخالف آخر فلا قسامة .

وإذا كانت على أهل مدينة أو أهل محلة أو على غير معين لم تسمع ولا بد أن يكون من المدعين ذكر واحد على الأقل ويبدأ بإيمان المدعين فيحلف كل خمسين يميناً أن فلاناً المدعى عليه قتله فإذا حلفوا ثبت حقهم قبله وإن نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً فإن حلف برىء فإذا كانت الدعوى عمداً استحقوا القود بإيمانهم إلا أن يمنع مانع منه وإذا ردت اليمين إلى المدعى عليه حلف خمسين يميناً بالله ما قتلته ولا أعلم له قاتلاً فإن لم يحلف وجبت الدية في ماله . والله أعلم وهو الموفق للصواب ؟

فهرس الكتاب

صفحة

٦	التعريف بالكفالة
٦	الكفالة بالمال - التعريف بها وأثرها
٧	أثر الكفالة عند الظاهرية والشيعة
٧	التعريف بالذمة
٨	مديونية الضامن لمن ضمنه
٨	التعريف بالكفالة عند الحنفية
٩	استناد المذاهب المختلفة في تعريفهم بالكفالة
١٢	مناقشتها
١٦	مشروعية الكفالة
١٧	ركن الكفالة
٢٠	الإيجاب في الكفالة
٢١	طبيعة عقد الكفالة
٢٢	الجعل على الكفالة
٢٤	أحوال الصيغة
٢٤	التمجيز
٢٥	التوقيت
٣٠	الإضافة
٣٢	الكفالة بالدين المؤجل
٣٣	الفرق بين الكفالة المضادة والكفالة بالدين المؤجل
٣٧	التمييز

صفحة	
٤٠	الاتقان بالشرط
٤٢	مذهب الحنفية في الشروط
٤٣	تطبيقات
٤٧	مذهب الزيدية
٤٧	و المالكية
٤٩	و الشافعية
٥١	و الحنابلة
٥٣	و الشيعة
٥٣	أحوال الصيغة في القانون
٥٦	شروط الكفيل
٥٧	كفالة المريض
٥٨	و السكران
٥٨	و الزوجة
٥٨	ملامة الكفيل
٥٩	معرفة المكفول والمكفول له والمكفول به
٦١	شروط المكفول عنه
٦٤	و المكفول له
٦٥	و المكفول به
٦٦	كفالة النفقة
٦٧	و الدين الموعود به
٦٧	و الجعل
٦٧	و الدين المجهول
٦٨	و الدين قبل ثبوته
٧١	الكفالة بالتقاضى

صفحة

١٣٥	انقضاء الكفالة
١٣٥	أداء الدين المكفول به
١٣٦	المصالحة عليه
١٣٧	لبراء الأصيل وهبة الدين له
١٤٢	حوالة الدين
١٤٢	انقضاء الدين
١٤٢	اتحاد الذمة
١٤٢	انقضاء الكفالة
١٤٤	وفاة المدين والكفيل
١٤٦	أنواع الكفالة
١٤٦	كفالة الوجه
١٥٢	ضمان ما يلقى في البحر
١٥٧	الديات والأروش
١٥٧	الدية في عرف الفقهاء
١٥٩	الهدف من وجوب الدية
١٦١	شبه الدية بالغرامة
١٦٤	ما يستوجب الدية
١٧٢	شروط وجوب الدية
١٧٦	من تجب الدية في ماله
١٧٧	العاقلة
١٨٠	مالا تحمله العاقلة
١٨٢	من تجب له الدية
١٨٢	مقدار الدية وما تجب فيه
١٨٤	مقدار ما يجب من كل نوع

